



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Integrazione negativa e fiscalità diretta. L'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione europea.

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Integrazione negativa e fiscalità diretta. L'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione europea / Philip Laroma Jezzi. - STAMPA. - (2012), pp. 0-330.

Availability:

This version is available at: 2158/779209 since:

Publisher:

Pacini editore

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

INTEGRAZIONE NEGATIVA E FISCALITÀ DIRETTA. L'IMPATTO DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI SUI SISTEMI TRIBUTARI DELL'UNIONE EUROPEA

**PHILIP
LAROMA JEZZI**

Saggi di Diritto Tributario

nove



© Copyright 2012 Pacini Editore SpA

ISBN 978-88-6315-445-0

Realizzazione editoriale e progetto grafico



Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)
www.pacinieditore.it
info@pacinieditore.it

Rapporti con l'Università
Lisa Lorusso

Responsabile di redazione
Elena Tangheroni Amatori

Fotolito e Stampa
IGP Industrie Grafiche Pacini

L'editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare e per le eventuali omissioni.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

Ai miei genitori e a nonna Tina

RINGRAZIAMENTI

Il “lato tributario” del diritto comunitario mi si è “rivelato” in un’aula dello IALS a Russel Square, durante le lezioni “fiume” del dott. Tom O’Shea. I due anni trascorsi come studente suo e del prof. Philip Baker mi hanno fatto “vedere” ciò che fino a quel momento avevo solo “guardato”.

Già allora sapevo che, partendo dalla mia dissertazione finale sulla “comparabilità”, avrei desiderato scrivere un libro italiano che si addentrasse nelle complessità della giurisprudenza comunitaria, e questo è il risultato di quell’aspirazione.

Ringrazio il prof. Pasquale Russo e il prof. Marco Miccinesi per non avermi fatto mai mancare il loro indispensabile sostegno.

INDICE

CAPITOLO I

Gli strumenti di base dell'integrazione comunitaria

1.	Piano del lavoro e introduzione alla terminologia utilizzata	pag. 9
2.	“Primato” e “effetto diretto” del diritto comunitario	» 13
3.	L’ “integrazione positiva”	» 16
4.	Le libertà fondamentali	» 24
5.	Esercizio e abuso delle libertà fondamentali	» 51

CAPITOLO II

Le “quasi restrizioni”

1.	Premessa	» 55
2.	Maggiori oneri amministrativi	» 55
3.	Disparità tra ordinamenti tributari	» 56
4.	Divisione della giurisdizione fiscale (segmentazione della base imponibile)	» 60
5.	Conclusioni: le “quasi restrizioni” sono sempre determinate dalla legislazione fiscale di due Stati	» 70

CAPITOLO III

Restrizioni discriminatorie e non discriminatorie

1.	Premessa	» 75
2.	Stato ospitante (“host”) – Stato d’origine (“origin”)	» 76
3.	Il divieto di discriminazione e il principio del “trattamento nazionale”	» 79
4.	A chi spetta il “trattamento nazionale”?	» 90
5.	Il principio del “trattamento nazionale” nella dimensione dello Stato ospitante e dello Stato d’origine	» 109

CAPITOLO IV

La “comparabilità” tra il “migrante” e il “non-migrante”

1.	La rilevanza dello scopo della norma restrittiva	» 137
2.	La rilevanza della situazione nell’ “altro Stato”	» 141
3.	I diversi “livelli” di comparabilità	» 144
4.	L’impatto sulla comparabilità delle – diverse – obbligazioni dello Stato della residenza e dello Stato della fonte	» 147

5.	La comparazione tra il “non-residente-migrante” ed il “residente-non-migrante” (ottica “ <i>host</i> ”)	» 162
6.	La comparazione tra il “residente-migrante” e il “residente non-migrante” (ottica “ <i>origin</i> ”)	» 190

CAPITOLO V

Le declinazioni fiscali del principio di ragionevolezza

1.	La “Gebhard rule”	» 235
2.	La condizione della natura “non discriminatoria” della misura restrittiva	» 237
3.	I motivi imperativi d’interesse pubblico	» 240
4.	L’idoneità al raggiungimento del suo scopo e la proporzionalità della misura restrittiva	» 278

Bibliografia	» 289
--------------	-------

CAPITOLO I

Gli strumenti di base dell'integrazione comunitaria

1. Piano del lavoro e introduzione alla terminologia utilizzata

Sono essenzialmente due i binari attraverso i quali il diritto comunitario “fa ingresso” negli ordinamenti degli Stati membri: l’“integrazione positiva” e l’“integrazione negativa”.

L’“integrazione positiva” – della quale ci occuperemo in termini molto schematici nei paragrafi che seguono – prende forma attraverso l’adozione di atti normativi con i quali l’Unione, esercitando la propria competenza, procede ad armonizzare la disciplina di settori regolamentati individualmente dai singoli Stati membri, garantendo l’applicazione di un’unica disciplina nel territorio di ciascuno di essi.

Questo tipo di azione comunitaria presuppone, come si è appena detto, la competenza dell’Unione: il suo fondamento è dato dal “principio di attribuzione”, secondo il quale l’Unione dispone unicamente delle competenze a essa attribuite dai Trattati. Le competenze non attribuite all’Unione dai Trattati appartengono, invece, agli Stati membri.

L’“integrazione negativa”, di converso, prende corpo principalmente dall’attività interpretativa del diritto primario dell’Unione svolta dalla Corte di Giustizia su impulso delle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali o delle procedure d’infrazione avviate dalla Commissione europea.

Quest’attività è tesa ad accertare se le norme di fonte domestica e internazionale che disciplinano le fattispecie siano in contrasto con i principi e le norme dell’ordinamento comunitario, nel qual caso esse sono dichiarate incompatibili con il Trattato, così rimettendo ai giudici nazionali il compito di “disapplicarle”.

È quest’ultimo il tema che ci proponiamo di affrontare a partire dal capitolo successivo. Il percorso che seguiremo ricalca, quanto alle sue scansioni logiche, gli snodi analitici del ragionamento della Corte dinanzi ai casi che le sono sottoposti.

A tal fine, dovremo innanzitutto prendere cognizione dei contenuti delle libertà fondamentali; esercizio al quale è dedicato il paragrafo 4 di questo Capitolo. Per non appesantire l’esposizione, ci limiteremo a analizzare le principali “questioni” che si sono poste in merito alla individuazione del contenuto e del perimetro delle singole libertà, rinviando alle trattazioni manualistiche la loro descrizione analitica e le evoluzioni avutesi con il succedersi dei vari Trattati.

Nel secondo capitolo tratteremo una distinzione tra le c.d. “restrizioni” e le c.d. “quasi restrizioni”.

Per adesso, è sufficiente notare che, mentre le prime costituiscono ostacoli al pieno godimento delle libertà fondamentali incompatibili

tibili con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), le seconde – pur costituendo anch'esse degli ostacoli all'esercizio delle libertà – all'attuale stadio di evoluzione del diritto comunitario, non sono né vietate né incompatibili.

Nel terzo capitolo esamineremo le vere e proprie restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali.

Sarà in questa sede che verrà introdotto il “principio del trattamento nazionale” e si descriveranno le diverse tipologie di restrizioni che derivano dalla sua inosservanza da parte degli Stati membri.

Per comprendere l'ossatura delle decisioni della Corte, sarà fondamentale tratteggiare le due prospettive dalle quali essa esamina l'interazione tra diritto comunitario e diritto nazionale, ovvero sia la prospettiva dello Stato ospitante (prospettiva “*host*”) e quella dello Stato d'origine (prospettiva “*origin*”).

Nella prima prospettiva, la Corte “vede” una persona fisica o giuridica avente la nazionalità dello Stato A la quale, intendendo avvalersi di una libertà fondamentale nello Stato B, s'imbatte ivi in un “ostacolo” frapposto dal diritto domestico o convenzionale di tale ultimo Stato; nella seconda prospettiva, la Corte “vede” una persona fisica o giuridica avente la nazionalità dello Stato A la quale, intendendo sempre avvalersi di una libertà fondamentale nello Stato B o in più Stati C, D ecc., s'imbatte in un “ostacolo” posto dal diritto domestico o convenzionale del suo stesso Stato A.

L'ottica dello Stato “*host*” e quella dello Stato “*origin*” devono essere tenute nettamente distinte. È, infatti, adottando queste due diverse angolazioni che la Corte riesce a individuare la corretta comparazione da porre in essere per verificare se la legislazione nazionale è compatibile o meno con il diritto dell'Unione. Spesso e volentieri, è proprio a causa di una non corretta applicazione di questo fondamentale criterio che i contenuti di una sentenza, magari pronunciata in un contesto “*origin*”, vengono evocati in relazione ad una fattispecie “*host*” per lamentare una presunta incoerenza della giurisprudenza della Corte.

Anticipando argomenti che tratteremo nel prossimo capitolo, tale problema si è per esempio posto a proposito della questione della latitudine del diritto di stabilimento rispetto ai trasferimenti di sede delle società: la giurisprudenza “*host*” della Corte nei casi *Überseering*, *Centros*, *Inspire Art* e *SEVIC* è stata erroneamente evocata al fine di dimostrare che la Corte era tornata sui suoi passi rispetto alla posizione assunta anni prima, da una prospettiva “*origin*”, in *Daily Mail*. E di questo la Corte si è accorta: come dimostrano alcuni

efficaci passaggi argomentativi delle sentenze *Cartesio*¹ e *National Grid Indus. BV*².

Una volta impadronitici di questo strumento interpretativo – prospettiva “*host*” e prospettiva “*origin*” –, potremo introdurre il principio del “trattamento nazionale” per il quale:

(i) da una prospettiva “*host*”, lo Stato membro deve garantire alla persona fisica o giuridica, avente la nazionalità di un altro Stato membro, che sia “migrata”³ nel primo Stato (*id est*: che si sia ivi avvalsa di una libertà fondamentale)⁴, un trattamento non meno favorevole di quello applicato ai propri “cittadini” persone fisiche o giuridiche (il “trattamento nazionale”);

(ii) da una prospettiva “*origin*”, lo Stato membro A deve garantire ai propri “cittadini” persone fisiche o giuridiche che siano “migrate” in altri Stati membri B, C, D ecc. (*id est*: che si siano ivi avvalsi di una libertà fondamentale)⁵, un trattamento non meno favorevole di quello applicato ai propri “cittadini” persone fisiche o giuridiche che non siano “migrate” in altri Stati membri (il “trattamento nazionale”).

A questo stadio vedremo che la Corte ha chiarito che il Trattato non impone il rispetto del principio del “trattamento nazionale” solo rispetto a norme che adottano la nazionalità come criterio di collegamento di una persona fisica o giuridica a un dato Stato membro; ma, a certe condizioni, anche rispetto alle norme (tipicamente quelle fiscali) che utilizzano la residenza quale criterio di collegamento nel senso appena indicato (la c.d. “*Sotgiu rule*”).

Sebbene la maggior parte delle restrizioni che incontreremo dipendono dalla violazione del principio del “trattamento nazionale”, vi è anche una tipologia di restrizioni che ne prescinde. Si esamineranno quindi le seguenti due categorie.

(A) Le restrizioni derivanti dal mancato rispetto del “principio del trattamento nazionale”:

¹ *Cartesio*, § 121, 122, 123.

² *National Grid Indus. BV*, § 30, 31, 32, 33.

³ Il verbo “migrare” è utilizzato dalla Corte al § 16 *Daily Mail*. Noi lo utilizzeremo in senso lato, ossia come succedaneo di “esercizio di una libertà fondamentale”. Quando, pertanto, affermiamo che un non residente “migra”, intendiamo dire che costui ha fatto utilizzo di una libertà fondamentale nello Stato ospitante; se, invece, è il residente a “migrare”, significa che costui si è avvalso di una libertà nello Stato di origine.

⁴ Ad esempio acquistando ivi dei beni o servizi, oppure ivi investendo nel capitale di un società oppure ancora ivi venendo assunto come lavoratore dipendente ovvero ivi avviando un’attività lavorativa autonoma.

⁵ Vedi la nota precedente.

(i) Le *discriminazioni dirette sulla base della nazionalità* (“*overt discrimination*”): si tratta di restrizioni causate dal trattamento meno favorevole che lo Stato membro riserva, da una posizione “*host*”, alla persona fisica o giuridica di altra nazionalità (lo Stato membro A riserva al “migrante”, ossia una persona fisica o giuridica avente la nazionalità dello Stato B il quale ha esercitato una libertà fondamentale nel predetto Stato A, un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” che esso garantisce al “non-migrante”, ossia alla persona fisica avente la nazionalità di tale ultimo Stato).

(ii) Le *discriminazioni indirette sulla base delle residenze* (“*covert discrimination*”): si tratta di restrizioni causate dal trattamento meno favorevole che lo Stato membro riserva, da una posizione “*host*”, alla persona fisica o giuridica non residente (lo Stato membro A riserva al “migrante”, ossia una persona fisica o giuridica residente nello Stato B il quale ha esercitato una libertà fondamentale nel predetto Stato A, un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” che esso garantisce al “non-migrante”, ossia alla persona fisica o giuridica avente la residenza in tale ultimo Stato).

(iii) Le *restrizioni* (“*home-State restrictions*”) causate dallo Stato membro da una posizione “*origin*”: lo Stato membro riserva ai propri “cittadini” o residenti⁶, persone fisiche o giuridiche, che “migrino” in un altro Stato B, C ecc. un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” che esso garantisce ai propri “cittadini” o residenti, persone fisiche o giuridiche, che non “migrino” in un altro Stato B, C ecc.

(B) Le restrizioni “assolute” (“*even banded restrictions*”): si tratta di restrizioni, introdotte dallo Stato membro da una posizione “*origin*” oppure “*host*”, che, pur non distinguendo in base alla nazionalità o alla residenza della persona fisica/giuridica, determinano nondimeno un ostacolo all’esercizio di una libertà fondamentale.

Nel quarto capitolo analizzeremo i presupposti di applicazione della “*Sotgiu rule*” e, quindi, il tema della comparabilità tra il residente e il non-residente. Il *test* di comparabilità è un momento fondamentale dell’analisi della Corte poiché è dall’esito di tale valutazione che è dato stabilire se – nelle fattispecie che assumono la residenza quale fattore di collegamento territoriale – lo Stato membro sia tenuto o no al rispetto del principio del “trattamento nazionale”.

È in questa fase che ci addenteremo nell’analisi della giurispru-

⁶ A seconda del criterio di collegamento territoriale utilizzato dal “trattamento nazionale” in questione.

denza comunitaria, decifrando le ragioni sulla base delle quali essa ha riscontrato la comparabilità tra il “residente-non-migrante” e il “non-residente-migrante”, nella prospettiva “*host*”, e tra il “residente-migrante” e il “residente-non-migrante”, nella prospettiva “*origin*”.

Il quinto capitolo, infine, è dedicato al delicato ruolo di mediazione che la Corte – avvalendosi del Principio di ragionevolezza e operando in conformità alla “*Gebhard rule*” – svolge per contemporaneamente l’attuazione delle libertà con, vorremmo dire, l’esistenza stessa degli Stati come enti dotati di un’autonoma potestà impositiva.

Vedremo come il tema della comparabilità e delle declinazioni tributarie del principio di ragionevolezza hanno rappresentato e continuano a rappresentare i due cardini sui quali, in ultima analisi, ruota l’integrazione negativa.

2. “Primato” e “effetto diretto” del diritto comunitario

Il diritto dell’Unione europea si pone al vertice della gerarchia delle fonti del diritto negli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

I due principi che “regolano” l’interazione tra il diritto comunitario e il diritto interno degli Stati membri sono il “primato” e “effetto diretto”.

Il principio del “primato” vuole che il diritto comunitario – che comprende i Trattati, i Principi Generali, la legislazione secondaria e gli accordi internazionali⁷ – stia al vertice della gerarchia delle fonti degli Stati e, come tale, prevalga rispetto a eventuali disposizioni contrastanti di livello inferiore, siano esse di diritto domestico o internazionale (bilaterale o multilaterale).

La supremazia del diritto comunitario (oggi dell’Unione Europea) rispetto agli ordinamenti dei singoli Stati membri è stata evidenziata dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza *Costa v. ENEL*⁸ nella quale la Corte ha statuito, in particolare e fra l’altro, che:

“Gli obblighi assunti col Trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le Parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi (...). Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell’ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla

⁷ Sottoscritti dall’Unione europea.

⁸ Causa 6/64.

*quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia*⁹.

Peraltro, la Corte di Giustizia ha fatto del ribadire la supremazia del diritto comunitario l'*incipit* argomentativo di pressoché tutte le sue pronunce in materia di imposizione diretta:

*“In via preliminare, si deve rammentare che, secondo costante giurisprudenza, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario”*¹⁰.

In *Gottardo*¹¹, la Corte ha altresì chiarito che il primato del diritto comunitario si esplica anche in relazione agli accordi bilaterali conclusi dai singoli Stati membri:

“(...) nel mettere in pratica gli impegni assunti in virtù di convenzioni internazionali, indipendentemente dal fatto che si tratti di una convenzione tra Stati membri ovvero tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi, gli Stati membri, fatte salve le disposizioni dell'art. 307 CE (oggi 351¹² del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea n.d.r.), devono rispettare gli obblighi loro incombenti in virtù del diritto comunitario. Il fatto che i paesi terzi, dal canto loro, non siano tenuti al rispetto di alcun obbligo derivante dal diritto comunitario è irrilevante a questo proposito”.

La supremazia del diritto dell'unione si esplica, quindi, anche in relazione ai trattati internazionali conclusi con Stati terzi.

L'“effetto diretto”¹³, invece, impone che quando il diritto comunitario è chiaro, preciso e sufficientemente incondizionato, i cittadini comunitari possono farvi affidamento dinanzi alle corti nazionali.

In questo contesto, la Corte di giustizia ha accentuato la peculiarità dei Trattati europei rispetto ai “comuni” trattati internazionali, sottolineando che con la loro conclusione è stato creato quello che essa stessa ha definito come un “*new legal order*”.

⁹ I paragrafi della sentenza non sono numerati.

¹⁰ Vedi, ad esempio, Causa C-35/98 (*Verkooijen*, § 32 e Causa C-471/04 (*Keller Holding*), § 28.

¹¹ Caso C-55/00, §33.

¹² Per completezza, rileviamo inoltre che l'art. 351 del TFUE disciplina anche il rapporto tra il diritto comunitario ed i trattati posti in essere prima dell'adesione all'Unione Europea.

¹³ Da non confondersi con la diretta applicabilità, caratteristica propria dei regolamenti comunitari, che invece indica che un atto normativo esplica i suoi effetti negli ordinamenti dei singoli Stati membri – senza che sia necessaria l'adozione di misure interne di recepimento – sin dalla sua entrata in vigore nell'ordinamento dell'UE.

Così la Corte di giustizia, nella nota sentenza *van Gend en Loos*:¹⁴

*“Dalle considerazioni che precedono emerge che, secondo lo spirito, la struttura ed il tenore del Trattato, l'articolo 12 ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare”*¹⁵.

Tali particolari connotati assistono sia il c.d. diritto primario (essenzialmente i Trattati ed i Principi generali del diritto comunitario)¹⁶ che quello secondario (ovvero le norme promulgate dagli organi dell'Unione nonché gli accordi internazionali da essa sottoscritti).

La Corte ha esplicitamente chiarito che l'effetto diretto assiste anche gli accordi internazionali conclusi dall'Unione con stati terzi; nella sentenza *Simutenkov*¹⁷ essa così si è espressa:

*“(...) secondo una giurisprudenza costante, una disposizione di un accordo concluso dalle Comunità con paesi terzi dev'essere considerata direttamente applicabile quando, avuto riguardo alla sua lettera, nonché all'oggetto e alla natura dell'accordo, stabilisce un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato, nel suo adempimento o nei suoi effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore (...)”*¹⁸.

L'art. 6 del TUE, inoltre, impone di tenere conto del fatto che l'Unione *“(...) riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella*

¹⁴ Causa C-26/62.

¹⁵ *van Gend en Loos*, § II(B) della parte in diritto.

¹⁶ Giova rammentare che è stata la stessa Corte di Giustizia ad aver espressamente riconosciuto l'esistenza dei suddetti connotati di “supremazia” ed “effetto diretto” anche in capo ai Principi generali del diritto comunitario: si veda al riguardo il caso *Mangold* (causa C-144/04).

L'orientamento espresso nella sentenza *Mangold* è stato successivamente confermato dalla Corte di Giustizia a più riprese. Nella sentenza *Laval un Partner Ltd* (causa C-341/05) la Corte si è così espressa (§ 91): *“Benché, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*. Nella sentenza *Birgirt Bartsch* (C-427/06), la Corte si è espressa in modo ancora più chiaro (§ 15): *“Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando una normativa nazionale rientra nella sfera di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità della detta normativa con i principi generali del diritto comunitario.*

¹⁷ Causa C-265/03.

¹⁸ *Simutenkov*, § 21.

*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*¹⁹.

*“L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo e delle libertà fondamentali”*²⁰.

*“I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*²¹.

Da ultimo, è opportuno rilevare anche il ruolo che nel contesto dell'ordinamento comunitario riveste la c.d. “*soft law*”: si tratta di atti²² privi, di per sé, di efficacia vincolante ma, comunque, produttivi di effetti di *policy*.

In ambito tributario si pensi, in particolare, alla Comunicazione n. COM(2006) 825 in materia di “*exit taxes*” emessa dalla Commissione, con la quale gli Stati membri sono stati invitati ad adottare un approccio coordinato al fine di rendere la propria normativa interna compatibile con il diritto comunitario.

3. L’“integrazione positiva”

3.1. La competenza “interna” dell’Unione

Le competenze dell'Unione Europea in materia fiscale appartengono alla categoria della competenza esclusiva e a quella della competenza concorrente.

L'art. 3, primo comma, lettera (a), del TFUE attribuisce all'Unione competenza esclusiva – per quanto di interesse ai fini della nostra indagine – in materia di unione doganale.

L'art. 4, secondo comma, lettera (a), del TFUE prevede, invece, che l'Unione abbia una competenza concorrente con quella degli Stati membri in vari settori, tra cui, per quanto di nostro interesse, il mercato interno; pertanto, poiché le misure fiscali in materia d'imposizione indiretta diverse da quelle che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione (cioè in materia di unione doganale)

¹⁹ Art. 6, primo comma, primo capoverso, del Trattato sull'Unione europea (TUE).

²⁰ Art. 6, secondo comma del TUE.

²¹ Art. 6, terzo comma, del TUE.

²² Raccomandazioni, risoluzioni, note interpretative, comunicazioni, guide lines rivolte agli Stati membri.

e quelle in materia di imposizione diretta rientrano nel “settore” del mercato interno, è gioco forza ritenere che in tali ambiti l'Unione abbia una competenza concorrente con quella degli Stati membri.

Ne consegue che, ove e nella misura in cui l'Unione eserciti in tali settori la propria competenza fiscale adottando un atto che armonizza una determinata materia, gli Stati membri non potranno più esercitare la loro. Giova, infatti, rammentare che l'art. 2, secondo comma, secondo capoverso, del TFUE, dispone che, in ipotesi di competenza concorrente, “(...) *gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria*”.

L'art. 110 del TFUE – nel disporre che nessuno Stato membro “(...) *applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali simili*” oppure “*applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni*” – sostanzialmente vieta che vengano applicate forme di tassazione che direttamente o indirettamente discriminino prodotti di altri Stati membri e che costituiscano misure protezionistiche della produzione interna rispetto a quella proveniente da altri Stati membri.

Il successivo art. 113 – prevedendo che il Consiglio, con delibera all'unanimità, “(...) *adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza*” – costituisce, invece, il fondamento legale della competenza dell'Unione in tema di imposizione indiretta.

Nell'assenza di disposizioni specifiche in materia di armonizzazione dell'imposizione diretta, il fondamento legale della competenza comunitaria in tale ambito è rintracciabile nell'art. 115 del TFUE, che dispone:

*“Fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno”*²³.

²³ L'art. 114 del TFUE stabilisce che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazio-

La regola dell'unanimità in materia fiscale – operante, come appena rilevato, sia nel contesto dell'imposizione indiretta che di quella diretta – soffre di due possibili eccezioni:

- (A) Gli articoli 107 e 108, terzo comma, del TFUE, i quali vietano agli Stati membri di estendere aiuti alle imprese senza il preventivo consenso della Commissione: tali misure di aiuto potrebbero, infatti, avere anche carattere fiscale.
- (B) L'art. 116 del TFUE, dove si prevede la possibilità di adottare, con la procedura legislativa ordinaria, direttive al fine di eliminare distorsioni del mercato interno causate da disparità esistenti nelle “*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri*”; tali distorsioni potrebbero infatti dipendere anche da disposizioni di carattere fiscale.

In materia d'imposizione diretta, allo stato attuale, l'armonizzazione a livello comunitario è limitata ad alcune direttive: 1) la c.d. Direttiva Madre-Figlia²⁴, relativa al regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi; 2) la c.d. Direttiva fusioni²⁵, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi ed al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri; 3) la Direttiva²⁶ concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi; 4) la Direttiva in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi²⁷; 5) la Direttiva sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure²⁸; 6) la Direttiva²⁹ relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale.

ne del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Per espressa previsione del secondo paragrafo, tale procedura non si applica alla materia fiscale.

²⁴ Direttiva 90/435 CEE del Consiglio del 23 luglio 1990 e successive modifiche.

²⁵ Direttiva 2009/133/CE del Consiglio che ha tra l'altro abrogato la Direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990.

²⁶ Direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 e successive modifiche.

²⁷ Direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 e successive modifiche.

²⁸ Direttiva 2010/24/UE del Consiglio del 16 marzo 2010.

²⁹ Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011. Tale direttiva entrerà in vigore l'1.1.2013. Essa ha tra l'altro abrogato la Direttiva 77/799/CEE del Consiglio del 19 dicembre 1977 relativa alla reciproca assistenza fra le autorità

3.2. La “competenza esterna” dell’Unione

La disposizione che attribuisce all’Unione europea il potere di concludere accordi internazionali è il primo comma dell’art. 216 del TFUE; tale norma, infatti, dispone che l’Unione “(...) *può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali qualora i trattati lo prevedano o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell’ambito delle politiche dell’Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell’Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata*”.

Per comprendere come l’Unione interagisca con gli Stati membri nell’esercizio di tale competenza, dobbiamo soffermarci sull’art. 3, secondo comma del TFUE.

La norma in questione individua tre specifiche ipotesi nelle quali l’Unione ha competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali:

a) quando la conclusione di tali accordi “*è prevista in un atto legislativo dell’Unione*”;

(b) quando è necessaria per consentire all’Unione “*di esercitare le sue competenze a livello interno*”;

(c) “*nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata*”.

Con riferimento all’ipotesi *sub* (a), la circostanza che la competenza a concludere un accordo internazionale sia prevista in un atto legislativo dell’Unione implica senza ombra di dubbio che gli Stati membri non possano concludere il medesimo accordo a livello individuale.

L’art. 3, prevedendo espressamente che l’Unione ha competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali “*allorchè tale conclusione è necessaria (...) per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno*”, sembra codificare la suddetta teoria e, allo stesso tempo, aprire la strada ad un meccanismo che potrebbe condurre ad un sostanziale ampliamento delle competenze interne dell’Unione, trasformando di fatto in esclusive competenze che di per sé non lo sono.

Per quanto attiene alle ipotesi *sub* (b) e (c), la Corte di Giustizia³⁰, già prima del Trattato di Lisbona, aveva chiarito che l’Unione è

competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e di quelle sui premi assicurativi.

³⁰ Causa 22/70; Cause riunite C-3/76, C-4/76 e C-6/76; Parere 1/76 della Corte

competente a concludere accordi internazionali anche in mancanza di una disposizione che espressamente le attribuisca tale potere, ove ciò sia necessario per il perseguimento degli obiettivi previsti dai Trattati.

L'art. 3, prevedendo espressamente che l'Unione ha competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali *“allorché tale conclusione è necessaria (...) per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata”*, sembra codificare la suddetta impostazione (c.d. dei “poteri impliciti”) potenziandone la portata: infatti, prima del Trattato di Lisbona era discusso se tale competenza esterna (acquisita come “conseguenza implicita” di quella interna) fosse o meno esclusiva.

Un esempio di esercizio di competenza esterna in materia fiscale, anche se chiaramente antecedente all'entrata in vigore del TFUE, è l'accordo stipulato nel 2004 tra la Svizzera e l'allora Comunità Europea in materia di tassazione dei redditi da risparmio. Come chiaramente si evince dall'art.1 della Decisione del Consiglio dell'Unione Europea del 2 giugno 2004³¹, si tratta di un accordo che riproduce misure equivalenti a quelle adottate con una direttiva:

“Sono approvati a nome della Comunità europea sia l'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, sia il memorandum d'intesa che lo accompagna. I testi dell'accordo e del memorandum d'intesa sono acclusi alla presente decisione”.

Ciò detto, vi possono tuttavia essere delle situazioni nelle quali l'Unione adotta degli atti che, pur essendo il frutto dell'esercizio di una competenza interna, hanno comunque, in ragione della materia che ne è oggetto, una chiara rilevanza esterna.

Bisogna, allora, domandarsi se e in che limiti la sussistenza di una competenza interna dell'Unione (quale che sia la sua natura,

del 26 aprile 1977 emesso a norma dell'art. 228, n. 1, 2° comma, del trattato CEE sull'Accordo relativo all'istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna; Parere 2/91 della Corte del 19 marzo 1993 emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE relativo alla Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro; Parere 2/94 della Corte del 28 marzo 1996 sull'adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

³¹ Decisione del Consiglio dell'Unione Europea (2004/911/CE).

esclusiva, concorrente o “di sostegno”) possa privare gli Stati del potere di stipulare accordi internazionali con Stati terzi, ove la stipula di detti accordi sia ritenuta necessaria ai fini dell'esercizio di detta competenza interna.

A tal riguardo, bisognerà quindi distinguere:

(i) l'ipotesi nella quale non sia dato riscontrare o non sia stata esercitata la competenza interna dell'Unione da quella

(ii) ove sussista e sia stata esercitata la competenza interna in questione.

Un esempio della prima ipotesi è il riparto delle potestà impositive tra gli Stati. Non essendo stata tale materia – se non del tutto marginalmente – armonizzata, l'Unione non può interferire con il diritto degli Stati membri di concludere convenzioni contro la doppia imposizione con altri Stati membri o con Stati terzi³².

Quanto alla seconda ipotesi, un esempio può essere rappresentato dalla cooperazione amministrativa tra gli Stati membri in ambito fiscale.

Come noto, la direttiva 2011/16/UE del Consiglio ha abrogato la precedente in materia (direttiva 77/799/CEE) ed ha previsto norme più chiare e precise che disciplinano la cooperazione amministrativa fra gli Stati membri.

Rispetto a una siffatta ipotesi, rimane un problema aperto se l'elevato livello di armonizzazione interna raggiunto dall'Unione in materia di scambio di informazioni per effetto dell'esercizio della propria competenza possa precludere la possibilità degli Stati membri di concludere accordi internazionali extra-UE nel medesimo settore; in altre parole, è lecito chiedersi se – in tale specifica materia – sia ipotizzabile che l'Unione abbia conseguito una competenza esterna esclusiva che, come tale, precluda agli Stati membri di concludere accordi internazionali al riguardo.

Il dilemma potrebbe astrattamente porsi in relazione ai recenti accordi bilaterali sottoscritti da Germania, Austria e Regno Unito con la Svizzera i quali prevedono dei meccanismi che, tra l'altro, limitano lo scambio di informazioni.

La compatibilità dei suddetti accordi è stata, ad oggi, vagliata pressoché esclusivamente sotto il profilo della loro sovrapposizio-

³² Come costantemente riconosciuto nella sua giurisprudenza. Vedi ad esempio: *Damseaux*, Causa C-128/08; *Columbus Container*, causa C-298/05; *Kerckhaert e Morres*, Causa C-513/04 ; *Orange European Smallcap Fund*, Causa C-194/06.

ne³³ con la citata Direttiva 2003/48/CE e all'Accordo concluso tra l'Unione e la Svizzera, in vigore dal 1 luglio 2005, in materia di tassazione del risparmio.

Proprio in ragione di tale sovrapposizione, i suddetti accordi sono stati modificati escludendo dal loro ambito di operatività i pagamenti di interessi nella misura in cui essi erano già assoggettati a tassazione sulla base dell'Accordo concluso tra l'Unione e la Svizzera³⁴. La circostanza che l'Unione avesse già esercitato la propria competenza, a livello interno, attraverso una direttiva ed, a livello esterno, attraverso un accordo internazionale, ha avuto quindi la conseguenza di privare gli Stati membri della possibilità di concludere accordi con Stati terzi nel medesimo settore su profili già regolati da venti disposizioni del diritto dell'Unione³⁵.

³³ In relazione agli accordi conclusi da Germania e Regno Unito, il Commissario europeo Algirdas Semeta, nella lettera del 5 marzo 2012 inviata al Ministro dell'Economia danese, Ms Vestager, ha affermato che *"While Member States are free to enter into international agreements, be they bilateral or multi-lateral, such agreements must not include any aspects which overlap with areas in which common action by the European Union has been taken or is envisaged. In the particular case the agreements cover taxation of savings income received by German and UK residents from Swiss payers and provide for mechanisms aimed at securing taxation of such income in accordance with the laws of the State of residence of the beneficial owner. Mechanisms with the same objective are already contained in Directive 2003/48/EC (the Savings Directive) and the Agreement between the European Union and the Swiss Confederation providing for measures equivalent to those in the Savings Directive"*; nella medesima lettera inoltre si rileva che: *"In this context Member States should refrain from negotiating, installing, signing or ratifying agreements with Switzerland, or any third state, insofar as any aspects regulated at EU level might be touched upon. In practical terms, this means: 1) Concerning direct taxes and the future, any bilateral agreement should include a carve-out of areas already covered by existing EU instruments and areas included in proposals for their modification. In broad terms, Member States are free to agree upon tax measures regarding all other forms of income and capital. 2) Concerning the past, any regularization of unpaid taxes by formula may not concern VAT. 3). If such agreement provide for a broader cooperation, extending to areas outside tax, the principles on exclusive external competence of the EU apply in the same manner as described above, insofar as such areas are already governed or likely to be governed by EU harmonization. This may also concern banking and investment services"*.

³⁴ Il Commissario europeo Algirdas Semeta, in data 17 aprile 2012, in relazione a tali accordi, si è espresso nel seguente modo: *"these revised agreements are in full compliance with EU law and the work on these agreements demonstrated what is possible with cooperation"*.

³⁵ Si veda al riguardo il MEMO/12/353 dell'Unione Europea del 15 maggio 2012, p. 3: *"Some Member States have either signed or are negotiating bilateral savings tax agreements with Switzerland. What is the difference between these and the EU-Swiss savings tax agreement? Member States are free to negotiate"*.

Rimane, invece, da esplorare se gli Stati membri dispongano ancora, in relazione allo specifico settore dello scambio di informazioni, la competenza a stipulare accordi con Stati terzi nonostante l'Unione abbia già esercitato la propria competenza interna in tale materia. L'eventualità che la compatibilità di tali accordi con il diritto dell'Unione potesse essere anche vagliata sotto il profilo della limitazione dello scambio di informazioni ha, ad esempio, indotto il Regno Unito, la Germania e l'Austria ad espressamente rilevare - nel trattato da ciascuno di essi sottoscritto con la Svizzera - che il livello di cooperazione raggiunto attraverso la conclusione dei suddetti accordi è equiparabile al risultato che sarebbe stato raggiunto attraverso un accordo volto ad introdurre lo scambio automatico di informazioni³⁶.

bilateral agreements with third countries, so long as they respect EU rules. This means such bilateral agreements cannot include any provisions which overlap with or contradict EU legislation, or which impinge on areas of exclusive EU competence. In this respect, Member States are free to sign bilateral tax deals with Switzerland so long as they leave out income already covered by the EU-Swiss savings agreement. Put simply, this means that income from savings cannot be included in a bilateral deal between a Member State and Switzerland. However, these agreements can cover any areas that do not fall under EU law and competence e.g. the regularisation of past liabilities (tax amnesties), or the taxation of capital gains and dividends"; disponibile al seguente link: europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-353_en.doc.

³⁶ Al riguardo: a) L'art. 1, del trattato tra il Regno Unito e la Confederazione Elvetica, firmato il 6 ottobre 2011, modificato in data 20 marzo 2012, al paragrafo 1, prevede che: *"La presente Convenzione ha lo scopo di garantire, tramite la collaborazione bilaterale tra gli Stati contraenti, l'imposizione effettiva delle persone interessate nel Regno Unito. Gli Stati contraenti convengono che l'effetto della collaborazione bilaterale prevista nella presente Convenzione corrisponde a lungo termine allo scambio automatico di informazioni in materia di imposizione di redditi e utili da valori patrimoniali di tali persone".* *"The objective of this agreement is to provide for bilateral cooperation between the contracting States to ensure the effective taxation in the United Kingdom of relevant persons. The Contracting States agree that this agreement will achieve a level of cooperation which has with regard to taxation in respect of income and gains on relevant assets and an enduring effect equivalent to the outcome that would be achieved through an agreement to exchange information about such individuals on an automatic basis"*; b) L'art.1 del trattato tra la Repubblica Federale di Germania e la Confederazione Elvetica, del 21 settembre 2011 modificato il 05 aprile 2012, prevede che: *"La presente Convenzione ha lo scopo di garantire, tramite la collaborazione bilaterale tra gli Stati contraenti, l'imposizione effettiva delle persone interessate nella Repubblica federale di Germania. Gli Stati contraenti convengono che l'effetto della collaborazione bilaterale convenuta nella presente Convenzione corrisponde a lungo termine allo scambio automatico di informazioni in materia di redditi da capitale"*. c) L'art. 1 del trattato tra l'Austria e la Confederazione Elvetica del 13 aprile 2012, al paragra-

Peraltro, un elemento a favore della possibilità per gli Stati di concludere autonomamente accordi in materia di scambio di informazioni con Stati terzi sembrerebbe potersi dedurre dall'art. 24 secondo comma della Direttiva 2011/16/UE che, in materia di scambio di informazioni con Paesi terzi, prevede espressamente che l'autorità competente "(...) di uno Stato membro che riceve da un paese terzo informazioni prevedibilmente pertinenti per l'amministrazione e l'applicazione delle leggi nazionali di detto Stato membro relative alle imposte di cui all'articolo 2 può, a condizione che ciò sia consentito ai sensi di un accordo con tale paese terzo, trasmettere tali informazioni alle autorità competenti degli Stati membri per i quali tali informazioni potrebbero essere utili e ad ogni autorità richiedente".

In ogni caso, è da ritenere che gli Stati membri non possano non tenere in considerazione l'eventuale esistenza di legislazione comunitaria in materia. Infatti, anche ove si ritenga che, con specifico riferimento allo scambio di informazioni, gli Stati membri possano comunque stipulare accordi internazionali, questi ultimi dovranno rispettare il diritto comunitario prevedendo uno standard/livello di scambio di informazioni almeno pari a quello garantito in ambito comunitario.

In conclusione, gli Stati membri continuano a godere della facoltà di concludere convenzioni contro la doppia imposizione, tanto in ambito comunitario che extra-UE, perché il riparto della potestà impositiva tra gli Stati membri continua a rientrare nelle loro competenze; più dubbio, invece, è se, avendo l'Unione armonizzato la materia dello scambio di informazioni, ciò non privi automaticamente gli Stati membri della possibilità di concludere con Stati terzi accordi internazionali nel medesimo settore.

4. Le libertà fondamentali

4.1. Introduzione

La libera circolazione delle merci (art. 28 TFUE), la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE), il diritto di stabilimento in re-

fo 1, prevede che: *“La presente Convenzione ha lo scopo di garantire, tramite la collaborazione bilaterale tra gli Stati contraenti, l'imposizione effettiva delle persone interessate nella Repubblica d'Austria. Gli Stati contraenti convengono che l'effetto della collaborazione bilaterale convenuta nella presente Convenzione corrisponde a lungo termine allo scambio automatico di informazioni in materia di redditi da capitale”*.

lazione alle attività autonome (art. 49 TFUE) e alle società (art. 54), la libertà di prestare e ricevere servizi (art. 56 TFUE), il libero movimento di capitali (art. 63 TFUE) e, più recentemente, il diritto della cittadinanza europea ed il diritto di circolazione e soggiorno negli Stati membri (art. 20 e 21 TFUE) costituiscono il fondamentale parametro utilizzato dalla Corte nella verifica della compatibilità comunitaria del diritto interno e internazionale.

Prima di procedere all'analisi dell'interazione tra le potestà impositive statali e le suddette libertà – costituente come sappiamo il “cuore” dell'integrazione negativa –, conviene qui trattare delle caratteristiche essenziali di alcune di esse, soffermandoci in particolare sul loro vicendevole atteggiarsi.

A tal fine, va ricordato che con la stipula dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo – con il quale il mercato unico dell'Unione è stato allargato fino a ricomprendervi gli Stati dell'EFTA, ad eccezione della Svizzera – sono state sostanzialmente garantite ai cittadini di tali Stati le stesse libertà fondamentali che il TFUE riconosce ai cittadini comunitari. A tal riguardo, l'art. 6 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo prevede che le disposizioni dell'Accordo, nella misura in cui siano identiche alle corrispondenti disposizioni del TFUE, dovranno essere interpretate conformemente a quanto chiarito dalla Corte di Giustizia dell'UE nelle proprie pronunce³⁷.

Un esempio di applicazione della libertà di stabilimento, così come prevista dall'art. 31 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, si rinviene in *Krankenheim*³⁸.

Poiché, tuttavia, le direttive comunitarie non sono applicabili negli Stati dell'EFTA, alcuni profili interpretativi riguardanti le libertà – salvo nel caso in cui il contenuto delle direttive sia stato riprodotto in una convenzione internazionale ovvero in un atto normativo dello Stato EFTA coinvolto – possono differire rispetto ad un contesto puramente comunitario.

³⁷ Che così recita “*Without prejudice to future developments of case law, the provisions of this Agreement, in so far as they are identical in substance to corresponding rules of the Treaty establishing the European Economic Community and the Treaty establishing the European Coal and Steel Community and to acts adopted in application of these two Treaties, shall, in their implementation and application, be interpreted in conformity with the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the date of signature of this Agreement*”.

³⁸ Causa C-157/07 sul quale v. il paragrafo 6.3 del Capitolo IV.

Si pensi, ad esempio, ai casi nei quali vengano in rilievo le direttive in materia di cooperazione amministrativa e di assistenza fra le autorità competenti degli Stati Membri nella riscossione delle imposte. A tal riguardo, la circostanza che le direttive non siano applicabili – salvo il caso in cui il loro contenuto sia stato riprodotto in atti normativi interni o accordi internazionali – in relazione agli Stati dello Spazio Economico Europeo può forse restringere il perimetro di estensione di alcune libertà fondamentali; in relazione al tema delle “*exit-taxes*”, ad esempio, la Commissione Europea ha espressamente affermato che “(...) *nei casi in cui la mancanza di cooperazione amministrativa impedisca di salvaguardare i loro crediti fiscali gli Stati membri debbano essere leghittimati ad adottare misure idonee al momento dell'emigrazione o del trasferimento*”³⁹.

4.2. La libera circolazione dei capitali

L'art. 63, primo comma del TFUE prevede il divieto di restrizioni “*ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi*”.

Dal contenuto di tale disposizione si evince che la libera circolazione dei capitali è garantita non solo in ambito comunitario, ma anche in contesti che coinvolgono Stati terzi. Vuol dire che tale libertà può essere invocata, sia da soggetti comunitari *vis a vis* disposizioni nazionali che ostacolino i loro investimenti in uno Stato terzo, sia da soggetti non-comunitari *vis a vis* disposizioni nazionali che ostacolino i loro investimenti in uno Stato membro.

Nel caso *A e B*⁴⁰ le parti ricorrenti della causa principale lamentavano una violazione di quello che oggi è l'art. 63 del TFUE ad opera di norme di diritto interno e la Corte veniva investita della questione se “(...) *un provvedimento nazionale che, nel contesto dell'imposizione dei dividendi di azioni come redditi da capitale entro il limite di un rendimento forfettario calcolato applicando una percentuale determinata ad una base imponibile inclusiva, oltre che del capitale investito dall'azionista, di una quota delle retribuzioni corrisposte ai dipendenti della società distributrice, non consente di tener conto delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti di una succursale della detta società o di una sua controllata, in un Paese terzo, sia*

³⁹ COM(2006) 825 definitivo, pp. 9-10.

⁴⁰ Causa C-102/05.

*compatibile con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei capitali*⁴¹.

L'aspetto che mette conto evidenziare dell'ordinanza emessa dalla Corte riguarda la qualificazione – in termini di libertà di stabilimento anziché di libera circolazione dei capitali – della fattispecie sottoposta al suo esame; con il corollario che essa non ha trovato tutela non essendo la libertà di stabilimento stata estesa al di fuori dell'Unione.

La Corte ha, anzitutto, verificato se la situazione dedotta in giudizio fosse collocabile nell'ambito della libertà di stabilimento; al riguardo, essa ha osservato come nel dissuadere dalla creazione di succursali al di fuori dell'Unione “(...) *il provvedimento oggetto della causa principale incide in modo decisivo sulla libertà di stabilimento e rientra esclusivamente, di conseguenza, nella sfera di applicazione materiale delle disposizioni del Trattato relative alla libertà medesima*”⁴².

La pertinenza della libertà di stabilimento alla fattispecie ha determinato l'estromissione dall'analisi della libertà di circolazione dei capitali:

*“AmMESSO che, come sostengono le ricorrenti nella causa principale, tale provvedimento abbia effetti restrittivi sulla libera circolazione dei capitali, tali effetti andrebbero considerati come l'inevitabile conseguenza di un eventuale ostacolo alla libertà di stabilimento e non giustificano un esame del detto provvedimento sulla base degli artt. 56 CE - 58 CE (oggi artt. 63-65 TFUE, n.d.r.)*⁴³.

Ciò premesso, e considerato che gli artt. 43 CE (oggi 49 TFUE) e seguenti non prevedono alcuna disposizione che estenda la propria sfera di applicazione delle proprie disposizioni alle situazioni relative allo stabilimento della società di uno Stato membro in un Paese terzo, la sentenza ha statuito che esse “(...) *non possono essere fatt[e] valere in una fattispecie come quella oggetto della causa principale*”⁴⁴.

La corretta conclusione cui è giunta la Corte mira evidentemente a evitare che disposizioni come quelle sulla libertà di stabilimento – che non si prestano ad essere invocate in un ambito che coinvolga Stati non comunitari – siano indirettamente estese a situazioni

⁴¹ *A e B*, § 20.

⁴² *Id.*, § 26.

⁴³ *Id.*, § 27.

⁴⁴ *Id.*, § 29.

che non rientrano nell'ambito di operatività per esse individuato dal diritto comunitario.

L'esercizio del diritto di stabilimento – nella forma ad esempio della costituzione di una società – implica necessariamente una movimentazione di capitali; tuttavia quest'ultima, in una siffatta ipotesi, ha una valenza – non già autonoma, ma – strumentale rispetto all'esercizio della libertà di stabilimento. Pertanto, ove valorizzando impropriamente la movimentazione di capitale, si inquadrasse una tale fattispecie in termini di libera circolazione di capitali piuttosto che in termini di diritto di stabilimento, si finirebbe per estendere di fatto le disposizioni sulla libertà di stabilimento agli stessi ambiti di applicabilità dell'art. 63 del TFUE.

4.3. Il diritto di stabilimento

4.3.1. Il contenuto del diritto di stabilimento

Il contenuto del diritto di stabilimento si evince dall'art. 49 del TFUE: il primo comma di tale norma stabilisce *“(...) le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro”*.

Il secondo comma continua disponendo che la libertà di stabilimento *“(...) importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”*.

Il diritto di stabilimento non copre solo le situazioni d'ingresso negli Stati membri diversi da quello di origine, ma anche quelle situazioni che potremmo definire di *“way out”* dallo Stato di stabilimento.

Il caso *Halliburton*⁴⁵ ne è una conferma.

La *Halliburton Inc.*, holding internazionale con sede negli Stati Uniti, deteneva l'intero capitale di una società tedesca (*Halliburton Co. Germany GmbH*) e di una società olandese (*Halliburton Services BV*). La società tedesca aveva in Olanda una succursale – che

⁴⁵ Causa C-1/93.

comprendeva un immobile – che essa aveva venduto alla società olandese.

Nei Paesi Bassi, la cessione/alienazione di immobili era soggetta all'imposta sui negozi giuridici; tuttavia se tale cessione avveniva nell'ambito di una ristrutturazione infragruppo che coinvolgeva soltanto alcune tipologie di società di diritto olandese, essa era esente da imposta.

La cessione del suddetto immobile non poteva quindi godere del beneficio in questione poiché avveniva tra una società olandese ed una società tedesca.

La questione sottoposta alla Corte era quindi se la norma che limitava tale tipo di esenzione da imposta soltanto alle operazioni di ristrutturazione tra società di diritto olandese fosse in contrasto con il diritto di stabilimento.

Come si vede, la controllata tedesca aveva prima esercitato il suo diritto di stabilimento costituendo una succursale nei Paesi Bassi e, poi, aveva venduto la succursale ivi costituita “uscendo” così dal suddetto Stato.

La Corte ha rilevato che “(...) *il venditore si trova in una situazione nettamente meno favorevole di quella in cui si troverebbe se avesse scelto per la sua azienda nei Paesi Bassi la forma di società per azioni o di società «chiusa» a responsabilità limitata (cioè modelli societari di diritto olandese), invece di quella della succursale*”⁴⁶.

La sentenza ha quindi accertato che una norma come quella in questione che riservava “(...) *l'esenzione dall'imposta sui negozi immobiliari, di regola dovuta nel caso di cessioni o di vendite effettuate nell'ambito di una ristrutturazione interna di un gruppo di società, ai soli casi in cui la società che fruisce di detta esenzione acquisti i beni immobili da una società costituita secondo il diritto nazionale e neghi lo stesso vantaggio se la società alienante è costituita secondo il diritto di un altro Stato membro*”⁴⁷ era contraria al diritto di stabilimento.

La sentenza è interessante anche perché dimostra come un soggetto non comunitario – di nazionalità statunitense, in questo caso – possa indirettamente avere accesso alle libertà fondamentali attraverso la costituzione di una società in uno degli Stati membri dell'Unione Europea; ed infatti, tale società – essendo costituita in uno degli Stati membri dell'Unione – avrà la “cittadinanza”

⁴⁶ *Id.*, § 19.

⁴⁷ *Id.*, § 23.

dell'Unione Europea e, di conseguenza, godrà delle libertà fondamentali attribuite dall'ordinamento comunitario.

La Corte – dichiarando la norma olandese contraria al diritto di stabilimento – ha implicitamente riconosciuto che la Halliburton Co. Germany GmbH, società costituita in Germania secondo il diritto di tale Stato membro, godeva della libertà di stabilimento, a nulla rilevando la circostanza di essere controllata dalla Halliburton Inc., società di diritto statunitense.

Al contrario, la costituzione di una stabile organizzazione o sede secondaria sul territorio comunitario da parte di un soggetto non comunitario non consente l'accesso alle libertà fondamentali poiché, come noto, la stabile organizzazione non è un soggetto diverso dalla società che la costituisce; la costituzione di una stabile organizzazione da parte di un soggetto non comunitario – nonostante l'autonoma rilevanza fiscale ad essa assegnata a taluni effetti – non implica infatti la nascita di un nuovo soggetto di “cittadinanza” comunitaria e, pertanto, non consente l'accesso alle libertà fondamentali garantite dai Trattati ai cittadini UE.

4.3.2 Il rapporto tra diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali rispetto alle partecipazioni societarie: la “*Baars rule*”

Si è già detto che il diritto di stabilimento copre, tra l'altro, la costituzione di società in Stati membri diversi da quello di origine del soggetto che lo esercita.

Tale tipologia di esercizio della libertà in questione richiede chiaramente l'utilizzo di capitali; si pone pertanto il problema di verificare se la suddetta operazione debba essere sempre inquadrata in termini di esercizio del diritto di stabilimento ovvero debba – in determinate situazioni – essere classificata diversamente come un movimento di capitali ai sensi dell'art. 63 del TFUE.

Le implicazioni di un tale inquadramento sono fin troppo evidenti poiché si tratta di due libertà dai connotati e dai confini assolutamente diversi; basti pensare che la libera circolazione dei capitali è, come già chiarito, l'unica tra le libertà fondamentali ad applicarsi non solo ai movimenti di capitale tra gli Stati membri, ma anche a quelli tra Stati membri e Stati terzi.

La risposta all'interrogativo prospettato può essere rinvenuta nella sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Baars*⁴⁸ nel quale un contribuente lamentava che la partecipazione totali-

⁴⁸ Causa C-251/98.

taria dal medesimo detenuta in una società stabilita in Irlanda non poteva beneficiare dell'esenzione o semi-esenzione (a seconda di taluni parametri) dall'imposta patrimoniale che il proprio Stato di residenza – i Paesi Bassi – concedeva rispetto alle c.d. “partecipazioni rilevanti” (ossia che superavano determinate soglie percentuali del capitale sociale); la ragione di tale preclusione essendo che il descritto regime di favore era applicabile esclusivamente alle partecipazioni detenute in società residenti nei Paesi Bassi stessi⁴⁹.

La Corte, investita della questione, ha in via preliminare affrontato il problema se il caso sottoposto al suo giudizio rientrasse nell'ambito di applicazione delle disposizioni sul diritto di stabilimento, ovvero di quelle relative alla libera circolazione dei capitali. Al riguardo essa ha statuito che “(...) *la libertà di stabilimento comprende la costituzione e la gestione di imprese, e in particolare di società, in uno Stato membro da parte del cittadino di un altro Stato membro. Si avvale quindi del suo diritto di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività*”⁵⁰.

L'elemento discriminante tra libertà di stabilimento e libera circolazione di capitale in relazione ad una partecipazione societaria è, dunque, data dalla “*sicura influenza sulle decisioni della società*” tale da consentire al socio “*di indirizzarne le attività*”.

4.3.3. La necessità di un “elemento economico”: lo “strano caso” del signor Werner

Abbiamo già illustrato ai paragrafi che precedono il contenuto del diritto di stabilimento e il suo rapporto con la libera circolazione dei capitali.

Vogliamo adesso soffermarci su una caratteristica che imprescindibilmente deve essere presente in tutte le fattispecie per le quali si invoca la tutela di tale diritto, cioè la presenza di un “elemento economico”.

La Corte di Giustizia ha affrontato questo tema nel caso *Werner*⁵¹.

Il signor Werner, cittadino tedesco, risiedeva con il coniuge nei Paesi Bassi dal 1961 pur lavorando in Germania come dentista; egli

⁴⁹ *Baars*, § 15.

⁵⁰ *Id.*, § 22.

⁵¹ Causa C-112/91.

ritraeva da tale attività la totalità dei propri redditi che – secondo la relativa convenzione contro le doppie imposizioni – venivano tassati in Germania in quanto ivi prodotti. La Germania tuttavia negava al signor Werner il beneficio dello “*splitting tariff*”⁵² in ragione del fatto che – poiché egli era residente nei Paesi Bassi – godeva già di simili deduzioni in qualità di contribuente residente di tale Stato.

Il signor Werner, ritenendo che la normativa tedesca fosse contraria al diritto di stabilimento, otteneva da ultimo che la questione approdasse al cospetto della Corte di Giustizia la quale, investita della questione, si è così pronunciata:

*“La questione sollevata dal giudice nazionale dev’essere quindi risolta nel senso che l’art. 52 (oggi 49 del TFUE, n.d.r.) del Trattato CEE non osta a che uno Stato membro assoggetti i propri cittadini che esercitano l’attività professionale sul territorio nazionale e che ivi percepiscono la totalità o la quasi totalità dei loro redditi o ivi possiedono la totalità o quasi totalità del loro patrimonio ad oneri fiscali più gravosi qualora non risiedano in detto Stato rispetto all’ipotesi in cui vi risiedano”*⁵³.

La risposta negativa della Corte si spiega in considerazione del fatto che il diritto di stabilimento garantisce “*l’accesso alle attività autonome e al loro esercizio*”, mentre il sig. Werner – come dimostrato dalla circostanza che costui svolgeva la propria attività in Germania e da essa ricavava il proprio intero reddito – non svolgeva alcuna attività nei Paesi Bassi.

L’assenza di un “elemento economico” nel soggiorno del sig. Werner nei Paesi Bassi ha quindi indotto la Corte a ritenere che la fattispecie sottopostale non configurasse un’ipotesi di esercizio del diritto di stabilimento e che, pertanto, egli non fosse legittimato ad invocarne la relativa protezione.

4.3.4. I limiti all’esercizio del diritto di stabilimento per gli enti diversi dalle persone fisiche

4.3.4.1. Il potere di “vita e di morte” dello Stato d’origine

Si vedrà⁵⁴ come il caso in esame avrebbe avuto un esito diverso qualora esso fosse sorto all’indomani del Trattato di Maastricht il quale, introducendo il diritto dei cittadini comunitari di circolare e

⁵² Si trattava di un’aliquota agevolata riservata ai coniugi di cui beneficiavano i soggetti residenti in Germania. Vedi al riguardo il § 3.

⁵³ *Id.* § 17.

⁵⁴ Al paragrafo 4.3.5 che segue.

soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, a svincolato lo stabilimento in uno Stato diverso da quello della propria nazionalità alla sussistenza di ragioni economiche.

L'esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società è stato oggetto di varie pronunce della Corte di giustizia, che ne ha chiariti i limiti.

Il problema è sostanzialmente quello di verificare se l'esercizio del diritto di stabilimento di *“società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione”* sia limitato a quello che è noto come stabilimento secondario, cioè *“l'apertura di agenzie, succursali o filiali”* in un altro Stato membro ovvero includa anche la possibilità di *“trasferirsi”* in un altro Stato membro senza soluzione di continuità, ossia senza che ciò determini l'estinzione dell'ente.

La Corte di Giustizia ha affrontato questo tema in alcune, importanti, pronunce: *Daily Mail*⁵⁵, *Überseering*⁵⁶, *Segers*⁵⁷, *Centros*⁵⁸, *Ispire Art*⁵⁹, *Sevic*⁶⁰ e *Cartesio*⁶¹.

In *Daily Mail*, che avremo modo di prendere in considerazione più volte nel prosieguo per la sua importanza *“trasversale”*, la Corte ha affrontato per la prima volta il problema della *“migrazione”* di una società dall'angolo visuale dello Stato d'origine.

Daily Mail and General Trust plc era una società costituita secondo la legislazione del Regno Unito, ove era fiscalmente residente, che intendeva trasferire la propria sede di direzione, e con essa la residenza fiscale, nei Paesi Bassi, mantenendo la propria personalità giuridica quale ente regolato dal diritto dello Stato d'origine.

Il diritto societario vigente nel Regno Unito, così come quello dei Paesi Bassi, non vietava tale trasferimento ma lo subordinava a un'autorizzazione del Ministero del Tesoro.

Come si legge al paragrafo 7 della sentenza, per la società istante *“(...) lo scopo principale del previsto trasferimento della sede della direzione era quello di poter vendere, dopo aver stabilito la propria residenza fiscale nei Paesi Bassi, una quota importante dei titoli che costituiscono il suo attivo non permanente e di riscattare,*

⁵⁵ Causa 81/87.

⁵⁶ Causa C-208/00.

⁵⁷ Causa 79/85.

⁵⁸ Causa C-212/97.

⁵⁹ Causa C-167/01.

⁶⁰ Causa C-411/03.

⁶¹ Causa C-210/06.

grazie al ricavato di tale vendita, parte delle proprie azioni senza dover pagare le imposte cui dette operazioni sarebbero soggette in forza della legislazione fiscale britannica, soprattutto per quel che concerne le importanti plusvalenze sui titoli che l'attrice si proponeva di vendere".⁶²

La questione sottoposta alla Corte era, quindi, se l'obbligo di ottenere il consenso preventivo per procedere al trasferimento della propria sede di direzione costituisse una violazione del diritto di stabilimento del quale anche le società godono.

La Corte di Giustizia, dopo aver ribadito che "(...) una società esercita il diritto di stabilimento aprendo agenzie e succursali o costituendo affiliate"⁶³, al successivo paragrafo ha rilevato che la legislazione britannica "(...) non pone alcuna restrizione ad operazioni come quelle sopra descritte"⁶⁴ e che il consenso del Tesoro è richiesto solo quando una società costituita secondo la legislazione vigente nel Regno Unito "(...) pur conservando personalità giuridica e qualità di società di diritto britannico, intenda trasferire la sede della direzione fuori dal Regno Unito"⁶⁵.

Ciò premesso, la Corte ha posto l'accento sulla "specificità" delle persone giuridiche rispetto agli individui statuendo sostanzialmente che esse sono: (i) "creature del diritto"; e, vieppiù, (ii) "creature del diritto nazionale".

In particolare, "(...) diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento"⁶⁶.

Pertanto – in difetto di armonizzazione sui criteri di collegamento tra il territorio di uno Stato e una persona giuridica, nonché sulla facoltà, ed eventualmente la modalità, di un trasferimento della sua sede da uno Stato membro all'altro – la eliminazione degli ostacoli posti da normative domestiche a un simile trasferimento "(...) costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi"⁶⁷.

In definitiva, la Corte ha affermato che fin quando la materia

⁶² Causa 81/87, § 7.

⁶³ *Id.*, § 17.

⁶⁴ *Id.*, § 18.

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Id.*, § 19.

⁶⁷ *Id.*, § 23.

non sarà armonizzata, il diritto di stabilimento non può interferire con il potere degli Stati di stabilire i criteri di collegamento al proprio territorio ritenuti più idonei per le società regolate dal proprio ordinamento giuridico, unitamente alle condizioni in presenza delle quali esse possono, o non possono, considerarsi esistenti.

A quest'ultimo proposito, viene in gioco il diverso approccio che, in termini di criteri di collegamento, gli Stati membri sono liberi di adottare. Come noto i criteri di collegamento che possono venire in rilievo sono il criterio della sede effettiva ("*siège real*") e quello della sede legale ("*incorporation theory*").

Gli Stati che adottano il primo criterio impongono alle società che vogliano continuare ad essere soggetti riconosciuti dall'ordinamento ai sensi del quale sono state costituite, di avere la propria sede effettiva nel proprio territorio; ne consegue che la società che voglia trasferire la sede effettiva al di fuori dello Stato cesserà di essere riconosciuta dall'ordinamento di origine. Viceversa, per gli Stati che adottano il criterio della sede di costituzione, il trasferimento della sede effettiva, in linea di principio, non implica la perdita della personalità giuridica poiché, secondo tale criterio, una società è regolata dalla legge dello Stato di costituzione indipendentemente dal fatto che la sua sede si trovi altrove.

Va però considerato che, come nel caso *Daily Mail*, anche uno Stato che adotti la "*incorporation theory*" può subordinare ugualmente la sopravvivenza di una società che voglia trasferire la propria sede in un altro Stato a un'autorizzazione amministrativa che, in ultima analisi, ne impedisca la libera "migrazione societaria"⁶⁸.

In *Überseering*, la questione al centro del caso *Daily Mail* – ossia la legittimità delle condizioni alle quali una persona giuridica può essere riconosciuta come tale da parte di uno Stato membro – si poneva da un'ottica speculare, ossia quella dello Stato ospitante piuttosto che dello Stato d'origine.

In particolare, se in *Daily Mail* la Corte si era interrogata in merito al diritto di uno Stato membro (nella sua qualità di Stato d'origine) di impedire la "migrazione societaria" nel territorio di un altro Stato membro di una società regolata dal proprio ordinamento, in *Überseering* veniva in gioco il diritto di uno Stato

⁶⁸ Da tenere distinta dalla "migrazione fiscale", la quale ha luogo quando la società si limita a trasferire la propria residenza fiscale, continuando a essere – agli effetti del diritto societario – un ente collegato allo Stato d'origine. Può darsi, pertanto, una "migrazione fiscale" (come vedremo si è verificato nel caso *National Grid Indus. BV*), oppure una "migrazione societaria" alla quale si accompagna una "migrazione fiscale" (come quella tentata in *Daily Mail*).

membro (nella sua qualità di Stato ospitante) a non riconoscere come “soggetto di diritto” una società regolata dal diritto di un altro Stato membro che aveva esercitato il diritto di stabilimento nel suo territorio.

Überseering BV era una società costituita nei Paesi Bassi il cui capitale sociale era stato successivamente acquistato da due cittadini di nazionalità tedesca.

Tale società aveva poi citato in giudizio un'impresa di nazionalità tedesca dinanzi alla competente autorità giudiziaria in Germania per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di vizi nell'esecuzione di un contratto d'appalto. La sua domanda era tuttavia rigettata in quanto – trattandosi di società di altra nazionalità che, per effetto dell'acquisto del suo intero capitale sociale da parte di cittadini tedeschi, aveva trasferito in Germania la sede della propria amministrazione – essa difettava, secondo il diritto tedesco⁶⁹, della capacità giuridica in tale Stato e non poteva stare ivi in giudizio⁷⁰.

La Corte di Giustizia era quindi investita della questione se fosse in contrasto con il Trattato il fatto che la capacità giuridica e processuale di una società validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro fossero disconosciute dallo Stato nel quale detta società aveva esercitato il diritto di stabilimento.

La Corte ha al riguardo ricordato che l'esercizio del diritto di stabilimento implica per le società “(...) *il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro (...)*” e che “(...) *la localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato membro*”⁷¹.

Da tale premessa, essa ha quindi tratto la conclusione che “(...) *l'esercizio della libertà di stabilimento presuppone necessariamente*

⁶⁹ Il Governo tedesco sosteneva che la valutazione sulla “esistenza” della società istante dovesse essere svolta alla luce del diritto tedesco (anziché dei Paesi Bassi) in quanto essa aveva ivi trasferito la sua sede amministrativa. Secondo, infatti, una costante giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, approvata dalla dottrina tedesca dominante, in Germania la capacità giuridica di una società deve valutarsi in base al diritto applicabile nel luogo della sua sede effettiva («Sitztheorie» o teoria della sede), in opposizione alla «Gründungstheorie» o teoria della costituzione, secondo la quale la capacità giuridica viene determinata in base al diritto dello Stato in cui la società è stata costituita. Tale regola era applicata anche quando una società validamente costituita in un altro Stato trasferiva la propria sede effettiva in Germania.

⁷⁰ *Überseering*, § 9.

⁷¹ *Id.*, § 57.

*il riconoscimento di dette società da parte di ogni Stato membro nel quale esse intendono stabilirsi*⁷².

Le ragioni del diverso esito nei due casi sono da rintracciare nella circostanza che i fatti dedotti in *Überseering* erano radicalmente diversi da quelli alla base del caso *Daily Mail*: se nel primo caso veniva, infatti, in gioco il trattamento riservato dallo Stato ospitante (e di stabilimento) alle società costituite in altri Stati membri, nel secondo veniva in considerazione il trattamento riservato dallo Stato d'origine alle società ivi costituite.

La Corte, facendo riferimento alla sentenza *Daily Mail*, ha precisato che tale pronuncia aveva sì previsto che uno Stato membro ha la possibilità “(...) di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sua sede effettiva al di fuori del suo territorio affinché essa conservi la personalità giuridica di cui beneficiava in base al diritto di questo stesso Stato”⁷³; ma che con ciò “(...) essa non aveva inteso riconoscere agli Stati membri la facoltà di assoggettare al rispetto del loro diritto nazionale l'esercizio effettivo, nel loro territorio, del diritto di stabilimento da parte di società validamente costituite in altri Stati membri ed in relazione alle quali si ritenga che esse abbiano trasferito la loro sede nel detto territorio”⁷⁴.

In sostanza – indipendentemente dalla questione se la società avesse o non avesse trasferito la sede della propria amministrazione in Germania –, la richiesta di ricostituzione della società – quale conseguenza dell'obbligo di rispettare il diritto nazionale dello Stato membro di stabilimento – equivaleva “(...) alla negazione stessa della libertà di stabilimento”⁷⁵.

Anche in *Segers* – come in *Centros* e *Inspire Art* che saranno esaminati in seguito – la libertà prevista dall'art. 49 del TFUE era esaminata dalla prospettiva dello Stato di stabilimento.

Il signor Segers era un cittadino olandese residente nei Paesi Bassi che, insieme alla moglie, deteneva l'intero capitale sociale di una società con sede nel Regno Unito alla quale costui aveva conferito le proprie partecipazioni, rappresentative dell'intero capitale sociale, in una società di diritto olandese la cui attività era interamente concentrata nei Paesi Bassi.

⁷² *Id.*, § 59.

⁷³ *Daily Mail*, § 70.

⁷⁴ *Id.*, § 72.

⁷⁵ *Id.*, § 82.

Nella sua qualità di amministratore della società con sede nel Regno Unito, il signor Segers faceva richiesta alle competenti autorità olandesi affinché gli fossero corrisposte delle prestazioni di malattia che, tuttavia, gli venivano rifiutate; ciò in quanto l'equiparazione delle prestazioni di amministratore svolte a favore di una società – della quale fosse detenuta una partecipazione qualificata – ad un rapporto di lavoro idoneo a costituire titolo per l'erogazione di prestazioni previdenziali non operava quando detta società era di nazionalità diversa da quella olandese⁷⁶.

Nel corso del giudizio dipoi approdato dinanzi alla Corte di giustizia era sollevato il problema – che ci interessa adesso evidenziare – se il diritto di stabilimento invocato dalla società costituita nel Regno Unito – sotto il profilo del diverso trattamento riservato ai propri amministratori *vis à vis* quelli di società con sede nei Paesi Bassi – fosse inficiata dalla circostanza che detta società non svolgeva direttamente alcuna attività in tale ultimo Stato, se non per il tramite della controllata ivi stabilita. La Corte ha ribadito che “(...) *l'art. 58 (49 del TFUE, n.d.r.), per l'applicazione delle disposizioni relative al diritto di stabilimento, prescrive unicamente che le società siano costituite secondo le leggi di uno stato membro ed abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità. Se queste condizioni sono soddisfatte, il fatto che la società svolga la propria attività, mediante un'agenzia, una succursale o una filiale, solo in un altro stato membro è irrilevante*”⁷⁷.

Il caso *Centros* riguardava due cittadini danesi che avevano costituito una società a responsabilità limitata nel Regno Unito per svolgere attività commerciale unicamente in Danimarca attraverso una succursale (stabile organizzazione) ivi costituita.

Il rifiuto delle autorità danesi di riconoscere e registrare la succursale della società estera si fondava sulla considerazione che la società istante non svolgeva alcuna attività commerciale nel Regno Unito e che essa “(...) *intendeva in realtà costituire in Danimarca non una succursale, bensì una sede principale, eludendo le norme nazionali relative, in particolare, alla liberazione di un capitale minimo, fissato a 200 000 DKR dalla legge n. 886 del 21 dicembre 1991*”⁷⁸.

Il giudice nazionale adito ha quindi posto alla Corte questione “(...) *se il diritto di stabilimento osti a che uno Stato membro neghi*

⁷⁶ Segers, § 9.

⁷⁷ *Id.*, § 16.

⁷⁸ *Centros*, § 7.

*la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la propria sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale è destinata a consentire a tale società lo svolgimento di tutta la sua attività nello Stato in cui la stessa succursale viene costituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme relative alla costituzione delle società più severe sotto il profilo della liberazione di un capitale sociale minimo*⁷⁹.

La Corte, nel richiamarsi al caso *Segers*, ha ribadito che il diritto di una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro, nel quale essa ha la propria sede sociale, di creare una succursale in un altro Stato membro rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, e della libertà di stabilimento in particolare, a nulla rilevando a tali effetti che *“(...) la società sia stata costituita nel primo Stato membro al solo scopo di stabilirsi nel secondo, nel quale essa svolgerebbe l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività”*⁸⁰.

Tale tutela, peraltro e come vedremo nel prosieguo, trattando della *“Gebhard rule”*⁸¹, *“(...) non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato”*⁸².

Anche nel caso *Inspire Art* veniva in considerazione una società costituita in uno Stato membro (il Regno Unito) che, tuttavia, svolgeva la sua attività prevalentemente in un altro Stato membro (i Paesi Bassi), dove aveva aperto una succursale.

La competente camera di commercio di tale ultimo Stato imponeva alla società in questione di completare la propria iscrizione precisando che si trattava di *“società formalmente straniera”*. Tale iscrizione avrebbe avuto delle implicazioni negative sulla società stessa quali, in particolare, l'indicazione di siffatta qualità sui propri documenti, il rispetto del capitale minimo, nonché l'adempimento

⁷⁹ *Id.*, § 14.

⁸⁰ *Id.*, § 17.

⁸¹ Vedi, al riguardo, il Capitolo V.

⁸² *Id.*, § 38.

di una serie di oneri amministrativi la cui inottemperanza determinava l'applicazione di sanzioni.

Il contenzioso che ne derivava metteva capo alla formulazione di una questione pregiudiziale riguardante la compatibilità con il diritto di stabilimento della normativa olandese laddove essa, come premesso, assoggettava la costituzione di una sede secondaria da parte di una società di altra nazionalità agli adempimenti sopra indicati ove, come nella specie:

(i) detta società esercitava la sua attività del tutto, o quasi del tutto, nei Paesi Bassi senza peraltro avere alcun effettivo legame con lo Stato conformemente al cui diritto essa era stata costituita;

(ii) il solo scopo della costituzione di detta società in un altro Stato era quello di sfruttare determinati vantaggi rispetto alle imprese costituite conformemente al diritto olandese.

La Corte ha confermato due dati cruciali ai fini del successivo sviluppo della propria giurisprudenza.

In primo luogo, ad eccezione dei casi di frode, è irrilevante agli effetti della libertà di stabilimento che una società sia stata costituita in uno Stato membro al solo scopo di stabilirsi in un secondo Stato membro, nel quale essa svolgerebbe l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche. Infatti, le ragioni per cui si decida di costituire una società in uno Stato membro sono influenti rispetto all'applicazione delle disposizioni relative alla libertà di stabilimento⁸³.

In secondo luogo, *“(...) la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro unicamente per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce un abuso, e ciò anche qualora la società in questione svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nello Stato di stabilimento”*⁸⁴.

Nella sentenza *SEVIC*, la Corte ha sostanzialmente affrontato la stessa tematica al centro del caso *Überseering*, con la particolarità che qui la società di altra nazionalità aveva esercitato il diritto di stabilimento per il tramite di un'operazione di riorganizzazione societaria.

Sevic Systems AG era una società con sede in Germania che aveva proceduto ad una fusione per incorporazione di una società con sede nel Lussemburgo. L'operazione prevedeva *“(...) lo scioglimento senza liquidazione di quest'ultima società e la trasmissione*

⁸³ *Inspire Art.*, § 95

⁸⁴ *Id.*, § 96.

*universale del suo patrimonio alla SEVIC, di cui restava immutata la denominazione sociale*⁸⁵.

La domanda d'iscrizione della fusione nel registro delle imprese in Germania era tuttavia respinta poiché la normativa vigente consentiva “(...) *unicamente la fusione di soggetti di diritto con sede nel territorio nazionale*”⁸⁶.

L'effetto di tale diniego, a ben vedere, aveva un effetto equivalente a un rifiuto di riconoscere la società incorporata come “soggetto” perché priva della nazionalità tedesca; il che ripresentava la dicotomia che abbiamo già osservato confrontando *Daily Mail* e *Überseering*.

Se dalla prospettiva dello Stato d'origine, in mancanza di armonizzazione in sede comunitaria, è dato agli Stati stabilire le condizioni “di vita e di morte” degli enti diversi dalle persone fisiche e quindi anche le “condizioni minime di accesso” al diritto di stabilimento (ovvero, l'essere appunto un soggetto), da quella dello Stato ospitante ciò non è possibile, perché l'ente di altra nazionalità “esiste” e gode della protezione del diritto di stabilimento a prescindere dal suo riconoscimento da parte di detto Stato (esso si pone, quindi, come un antecedente logico rispetto al riconoscimento stesso).

Volendo usare una metafora, le società, quali “creature del diritto”, sono legate allo Stato che le ha generate come una lampadina è collegata alla spina che le fornisce energia. Lo Stato d'origine, quindi e fintantoché non esista una rete “elettrica comunitaria”, può decidere quando “accedere la lampadina” e quando “spegnerla”. Lo Stato ospitante, invece, non ha questo potere in quanto non è questi a fornire l'energia che tiene accesa lampadina, ovvero e fuor di metafora, a “mantenere in vita” la società di altra nazionalità.

Da questo punto di vista in *SEVIC*, la Germania si trovava nella stessa situazione nella quale l'aveva posta *Überseering*, con l'unica differenza che lo stabilimento nel suo territorio della società costituita in un altro Stato membro avveniva tramite la modifica statutaria nella quale si compendia la fusione per incorporazione.

La Corte ha correttamente valorizzato quest'aspetto mettendo in evidenza come “(...) *una fusione come quella oggetto della causa principale costituisce una tecnica efficace di trasformazione societaria in quanto consente, nel quadro di un'unica operazione, di esercitare una data attività in forme nuove e senza soluzione di continuità, riducendo pertanto notevolmente le complicazioni,*

⁸⁵ *SEVIC*, § 6.

⁸⁶ *Id.*, § 7.

*i tempi ed i costi associati a forme alternative di raggruppamento societario, quali quelle che comportano, ad esempio, lo scioglimento di società con liquidazione del patrimonio e successiva costituzione di una nuova società con trasmissione a quest'ultima di singoli elementi del patrimonio*⁸⁷.

Il punto decisivo di questo passaggio della sentenza sta nella precisazione che la fusione transfrontaliera consentiva lo svolgimento di una “attività” nello Stato ospitante; il che giustificava la chiamata in causa del diritto di stabilimento.

Non è superfluo chiarire che la Corte non ha “ampliato” il diritto di stabilimento aggiungendo prerogative ulteriori rispetto a quelle previste dal Trattato. Invero – e come risulterà più chiaro quando si saranno esaminate nel corso dei capitoli successivi le “tecniche dell’integrazione negativa” sviluppate dalla Corte –, essa ha semplicemente reso accessibile ad una società di altra nazionalità ciò che era già a disposizione delle società di nazionalità tedesca; talché, se per assurdo la legislazione nazionale non avesse previsto la possibilità delle società di fondersi tra loro, la Corte non avrebbe mai potuto “attribuire” tale facoltà al ricorrente nella causa principale.

In altre parole, la Germania ha dovuto prendere atto della fusione tra una società avente la sede legale nel proprio territorio ed una società di altra nazionalità – nonostante il proprio ordinamento non lo consentisse –, non perché la fusione avesse un “valore comunitario” in sé, ma perché il diritto nazionale così facendo creava “(...) una disparità di trattamento fra società secondo la natura, interna o transfrontaliera, della fusione che ben può dissuadere queste ultime dal valersi della libertà di stabilimento sancita dal Trattato”⁸⁸.

La sentenza, quindi, ha concluso nel senso che la normativa tedesca in questione era in contrasto con gli artt. 49 e 54 del TFUE:

“Gli artt. 43 CE e 48 CE (oggi 49 e 54 del TFUE) ostano a che, in uno Stato membro, l’iscrizione nel registro nazionale delle imprese della fusione per scioglimento senza liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest’ultima ad altra società sia generalmente rifiutata se una delle due società ha sede in un altro Stato membro, mentre è possibile, purché siano rispettate talune condizioni, se le società partecipanti alla fusione hanno entrambe sede nel territorio del primo Stato membro”.

⁸⁷ *Id.*, § 21.

⁸⁸ *Id.*, § 22.

Il caso *Cartesio* ha rappresentato un passaggio assai importante nella giurisprudenza della Corte perché ha costituito un'occasione per verificare la "tenuta" della sistemazione elaborata vent'anni prima in *Daily Mail*.

Cartesio era una società in accomandita semplice con sede in Ungheria. Intendendo trasferire, senza soluzione di continuità, la propria sede legale in Italia, tale società presentava al competente Tribunale ungherese incaricato della tenuta del registro delle imprese un'istanza con la quale richiedeva che fosse registrata la modifica della propria sede. Tale richiesta era respinta perché la legge ungherese non consentiva a una società costituita in Ungheria di trasferire la sua sede all'estero mantenendo il suo *status* di società di diritto ungherese e, in ragione di ciò, continuare a essere regolata dalla normativa vigente in Ungheria.

La Corte era dunque investita della stessa questione al centro del caso *Daily Mail*. Ovvero se il diritto di stabilimento osti "(...) a una normativa di uno Stato membro che impedisce a una società costituita a norma del diritto nazionale di detto Stato membro di trasferire la sua sede in un altro Stato membro, mantenendo al contempo il suo status giuridico di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita"⁸⁹.

La Corte, disattendendo le indicazioni fornitegli dall'Avvocato generale Maduro⁹⁰, ha ribadito il proprio indirizzo chiarendo che:

(i) "(...) una società costituita in forza di un ordinamento giuridico nazionale esiste solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento"⁹¹;

(ii) "(...) le legislazioni degli Stati membri presentano notevoli differenze sia quanto al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia quanto alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento"⁹²;

(iii) nel caso *Überseering* la Corte ha ribadito che "(...) la facoltà, per una società costituita in conformità alla normativa di uno Stato membro, di trasferire la sua sede, sociale o effettiva, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa

⁸⁹ *Cartesio*, § 99.

⁹⁰ Conclusione dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro al caso *Cartesio*, § 31.

⁹¹ *Cartesio*, § 104.

⁹² *Id.*, § 105.

gode nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita"⁹³;

(iv) "(...) dal momento che il diritto comunitario non ha fornito un'uniforme definizione delle società autorizzate a beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile a una società, la questione se l'art. 43 CE si applichi a una società che invoca la libertà fondamentale sancita da tale norma – analogamente, d'altronde, a quella se una persona fisica sia un cittadino di uno Stato membro che, a tale titolo, può beneficiare di tale libertà – costituisce una questione preliminare che, allo stato attuale del diritto comunitario, può trovare risposta solo nel diritto nazionale applicabile"⁹⁴.

Fin qui, dunque, la sentenza non ha fatto altro che riaffermare, usando le parole dell'Avvocato generale Maduro, la distinzione, da cui peraltro criticata, "(...) tra situazioni in cui uno Stato membro ostacola o dissuade società costituite a norma del proprio diritto societario dal cercare di stabilirsi all'estero, e situazioni in cui lo Stato membro ospitante restringe la libertà di stabilimento"⁹⁵.

A quest'ultimo riguardo, deve salutarsi con favore che la Corte abbia posto l'accento sulla diversa natura di *Daily Mail* e *Cartesio*, da un lato, e *Überseering*, *Centros*, *Inspire Art* e *SEVIC*, dall'altro.

Come si legge al paragrafo 123 di *Cartesio*, la questione preliminare sorta nelle cause da ultimo richiamate non era quella se "(...) la società interessata poteva essere considerata come una società avente la nazionalità dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita (che era, invece, la problematica oggetto di *Daily Mail* e *Cartesio*, n.d.r.), ma piuttosto se tale società, di cui è pacifico lo status di società di diritto nazionale di uno Stato membro, si trovava o meno di fronte a una restrizione nell'esercizio del suo diritto di stabilimento in un altro Stato membro.

In particolare, per quanto riguarda la sentenza *SEVIC* – valorizzate dall'Avvocato generale come "segno" di un cambiamento di rotta della giurisprudenza rispetto a *Daily Mail* e *Überseering* –, la Corte ha invece persuasivamente spiegato "(...) che tali sentenze

⁹³ *Id.*, § 107.

⁹⁴ *Id.*, § 109.

⁹⁵ Conclusione dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro al caso *Cartesio*, § 28.

*non affrontano lo stesso problema, cosicché non si può sostenere che la prima abbia precisato la portata delle seconde*⁹⁶.

In effetti, “(...) la causa da cui ha avuto origine la citata sentenza *SEVIC Systems* riguardava il riconoscimento, nello Stato membro di costituzione di una società, di un'operazione di stabilimento mediante fusione transfrontaliera effettuata da tale società in un altro Stato membro, fattispecie fondamentalmente diversa dalla situazione oggetto della causa che ha dato origine alla citata sentenza *Daily Mail and General Trust*. In tal senso, la fattispecie della citata sentenza *SEVIC Systems* è affine a situazioni su cui si sono pronunciate altre sentenze della Corte (v. sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, Racc. pag I-1459; *Überseering*, cit., nonché 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, Racc. pag I-10155)”⁹⁷.

In sostanza, in tema di “riconoscimento” delle società, altra è la posizione dello Stato d'origine (dedotta in *Daily Mail* e *Cartesio*) – che ha potere di “vita e di morte” sugli enti che esso stesso ha “creato” –, altra invece è la posizione dello Stato ospitante (dedotta in *Überseering*, *Centros*, *Inspire Art* e *SEVIC*), il quale non può far altro che “prendere atto” degli enti formati in altri Stati.

4.3.4.2. Il diritto di “conversione”

La sentenza *Cartesio*, tuttavia, è importante anche per due *obiter dicta* di notevole valore sistematico.

In primo luogo, si è precisato che occorre distinguere il caso della società (come *Cartesio*) – la quale, nonostante il cambio di sede, desiderava continuare a essere regolata dal diritto ungherese – da quello di una società che intenda trasferirsi in un altro Stato membro il quale (come l'Italia, d'altro canto) preveda la possibilità per una società di altra nazionalità di “convertirsi” in un tipo regolato dalla propria legge⁹⁸. In tale seconda ipotesi, infatti, il diritto di stabilimento vieta che “(...) lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta”⁹⁹.

In secondo luogo, e correlativamente, il divieto per lo Stato d'origine di imporre la liquidazione di una società nazionale che,

⁹⁶ *Cartesio*, § 121.

⁹⁷ *Id.*, § 122.

⁹⁸ *Id.*, § 111.

⁹⁹ *Id.*, § 112.

previo trasferimento di sede, intenda convertirsi in una società regolata dal diritto dello Stato ospitante non è assoluto. Una restrizione in tal senso, precisa infatti la Corte, può essere “(...) giustificata da ragioni imperative d'interesse pubblico”¹⁰⁰.

Quali possano essere tali ragioni risulterà più chiaro nei capitoli successivi¹⁰¹. Per il momento, può essere sufficiente accennare all'esigenza degli Stati – come vedremo, riconosciuta dalla Corte – di ripartire in modo equilibrato le rispettive potestà impositive. In particolare, poiché il trasferimento di un contribuente, sia esso una persona fisica o giuridica, da uno Stato all'altro può determinare il venir meno della giurisdizione fiscale del primo Stato sui suoi redditi maturati ma non ancora realizzati, si pone l'esigenza di adottare giusti meccanismi idonei a mantenere intatta la suddetta ripartizione.

Un altro interessante caso – che verrà ampiamente trattato nel prosieguo – in materia di diritto di stabilimento delle società è *Aberdeen*¹⁰². In tale sentenza la Corte ha affermato che la circostanza che non esista nel diritto dello Stato di stabilimento un modello di società con forma giuridica identica a quella del soggetto che esercita la libertà in questione “(...) non può, di per sé, giustificare un trattamento differenziato, dal momento che, non essendo il diritto societario degli Stati membri interamente armonizzato a livello comunitario, ciò priverebbe la libertà di stabilimento di ogni effetto utile”.

Il passo avanti fatto dalla Corte in *Cartesio* è chiaro: sebbene – a causa dell'assenza¹⁰³ di armonizzazione a livello comunitario quanto ai modelli societari – siano ancora pienamente valide le conclusioni della sentenza *Daily Mail* (poiché la “sopravvivenza” delle società che esercitano il diritto di stabilimento dipende ancora completamente dai criteri di collegamento stabiliti dallo Stato membro “di partenza”), ove una società decida di esercitare il diritto di stabilimento in un altro Stato membro convertendosi, “senza previo scioglimento e previa liquidazione”, in una delle tipologie di società previste dall'ordinamento di tale Stato, allora, la normativa dello Stato membro di origine che imponesse il suddetto preventivo scioglimento costituirebbe un'illegittima restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento, salvo il caso in cui ciò fosse giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico.

¹⁰⁰ *Id.*, § 113.

¹⁰¹ In particolare, il IV e il V.

¹⁰² Causa C-303/07.

¹⁰³ Salvo che per la Società Europea di cui al Reg. CE 2157/2001 e per la Società Cooperativa Europea di cui al Reg. CE 1435/2003.

Pertanto:

(i) lo Stato d'origine ha “diritto di vita o di morte” sulle società regolate dal proprio ordinamento giuridico; ma queste, oltre a poter esercitare il diritto di stabilimento costituendo in altri Stati membri agenzie, succursali e filiali, sono altresì legittimate ad esercitare tale libertà “convertendosi” – ove ciò sia previsto dal diritto societario dello Stato ospitante – in uno dei modelli societari di tale ultimo Stato, senza che tale operazione richieda il loro previo scioglimento e liquidazione nello Stato di origine. Ciò, tuttavia, lascia impregiudicato il diritto degli Stati d'origine di apprestare meccanismi idonei a garantire l'equilibrata ripartizione dei rispettivi poteri impositivi;

(ii) lo Stato ospitante deve riconoscere le società regolate dall'ordinamento giuridico di altri Stati. Questo è emerso agli effetti:

- della capacità processuale di una società di altra nazionalità che svolgeva un'attività in tale Stato ospitante, in *Überseering*;
- dell'apertura di una sede secondaria da parte di una società di altra nazionalità che non svolgeva alcuna attività nello Stato d'origine, in *Centros* ed *Inspire Art*;
- della fusione con una società nazionale di una società di altra nazionalità, in *SEVIC*.

4.3.5. Il diritto di circolare e soggiornare liberamente nell'UE: da Werner a Pusa

La necessità – su cui ci siamo soffermati al paragrafo 3.3 – di un “elemento economico” affinché sia invocabile il diritto di stabilimento chiaramente costituisce un limite alla tutela delle forme di mobilità intracomunitaria che ne sono prive. In effetti, il cittadino di uno Stato membro che si rechi in un altro Stato membro senza ivi svolgere alcuna attività economica non può invocare la tutela del diritto di stabilimento.

Una forma di tutela comunitaria – diversa dal diritto di stabilimento – per quelle ipotesi di mobilità intra-europea nelle quali non si rinviene la presenza di un “elemento economico” è stata tuttavia prevista nel Trattato di Maastricht.

Tale trattato, entrato in vigore il 1° novembre del 1993, ha introdotto, in quelli che ora sono gli articoli 20 e 21 del TFUE, la cittadinanza dell'Unione ed il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

In particolare, l'art. 21, primo comma, del TFUE attribuisce ai cittadini dell'Unione il diritto “(...) di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazio-

ni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi”.

Oggi, quindi, i cittadini dell'Unione godono, in linea generale, del diritto di spostarsi e liberamente soggiornare all'interno dell'Unione europea.

Ciò che differenzia tale libertà di muoversi liberamente in ambito europeo dall'esercizio del diritto di stabilimento previsto dall'art. 49 è la circostanza che se, in base a tale proposizione normativa, la permanenza/circolazione all'interno di uno o più Stati membri diversi da quello d'origine deve essere caratterizzata dalla presenza di quello che abbiamo definito come “elemento economico”, l'esercizio del diritto di spostarsi e liberamente soggiornare all'interno dell'Unione ne è, invece, privo.

La decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Pusa*¹⁰⁴ rappresenta la prova tangibile del salto di qualità compiuto dal diritto comunitario rispetto all'assetto esistente all'epoca nella quale era sorto il caso *Werner*”.

Il signor Pusa, cittadino di nazionalità finlandese, si era trasferito in Spagna senza ivi avviare alcuna attività economica. La sua pensione d'invalidità gli veniva accreditata su un conto acceso presso una banca finlandese. Al fine di garantire il recupero di un debito, siffatta pensione era sottoposta a pignoramento. Alla luce delle disposizioni della convenzione contro la doppia imposizione tra Finlandia e Spagna, il contribuente era soggetto all'imposta sul reddito in tale ultimo Stato e non era assoggettato ad alcuna ritenuta alla fonte in Finlandia. In applicazione delle leggi vigenti in Finlandia, la quota pignorabile della pensione avrebbe dovuto essere calcolata al netto della ritenuta applicata alla fonte; tuttavia, poiché – per il motivo spiegato – alla pensione in questione non era applicata alcuna ritenuta in Finlandia, la quota pignorabile veniva calcolata sull'importo lordo erogatogli (in altre parole, non veniva presa in considerazione l'imposta prelevata in Spagna). Ne derivava che la quota di pensione pignorata in Finlandia era superiore a quella che sarebbe stata pignorata ove tale pensione fosse stata assoggettata a ritenuta alla fonte in Finlandia, ovvero qualora – ai fini del calcolo dell'importo pignorabile – fossero prese in considerazione le imposte pagate in Spagna.

Il ricorrente lamentava quindi la violazione della libertà di circolazione e soggiorno garantita ai cittadini dell'Unione.

La Corte di giustizia, per quanto d'interesse ai nostri fini, ha rilevato che il diverso trattamento riservato al contribuente per ef-

¹⁰⁴ Causa C-224/02.

fetto del suo trasferimento aveva per “(...) conseguenza certa ed inevitabile di far subire a quest'ultimo uno svantaggio per il fatto di aver esercitato il suo diritto, garantitogli dall'art. 18 CE (oggi 21 del TFUE), di circolare e di soggiornare liberamente negli Stati membri”¹⁰⁵.

Come si può notare, la Corte ha ritenuto che la normativa finlandese fosse contraria al diritto comunitario. Paragonando tale sentenza a quella pronunciata nel caso *Werner* – in cui *mutatis mutandis* il ricorrente aveva prospettato la medesima situazione – si vede come con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ai cittadini dell'Unione è stato riconosciuto il diritto di circolare e soggiornare liberamente negli Stati membri; è quindi in ragione di tale diritto – piuttosto che sulla base del diritto di stabilimento – che la Corte ha dichiarato l'incompatibilità della normativa finlandese con il diritto comunitario.

Ove, infatti, la Corte avesse dovuto decidere il caso prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il signor Pusa, al pari del signor Werner, non avrebbe ricevuto alcuna tutela connessa alla libertà comunitaria in questione.

Peraltro, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria sembrerebbe emergere che la Corte di Giustizia consideri il diritto di circolare e liberamente soggiornare nel territorio degli Stati membri riconosciuto ai cittadini dell'UE alla stregua di una “nuova” libertà fondamentale.

Nel caso *Turpeinen*¹⁰⁶, la Corte di giustizia ha posto l'accento sul fatto che “(...) lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (...)” ed esso “(...) consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico (v., segnatamente, sentenze 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, Racc. pag. I-6193, punto 31, e 29 aprile 2004, causa C-224/02, *Pusa*, Racc. pag. I-5763, punto 16)”¹⁰⁷.

Ed ancora, nel caso *Baumbast*¹⁰⁸, la Corte ha anche espressamente chiarito che la disposizione che riconosce ai cittadini comunitari il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione, essendo chiara e precisa, ha effetto diretto e può per-

¹⁰⁵ *Pusa*, § 31

¹⁰⁶ Causa C-520/04.

¹⁰⁷ *Turpeinen*, § 18.

¹⁰⁸ Causa C-413/99.

tanto essere invocata davanti ai giudici nazionali che sono tenuti ad applicarla:

*“Per quanto attiene, in particolare, al diritto di soggiorno sul territorio degli Stati membri sancito dall’art. 18, n. 1, CE, si deve rilevare che tale diritto è riconosciuto direttamente ad ogni cittadino dell’Unione da una disposizione chiara e precisa del Trattato. Per effetto del solo status di cittadino di uno Stato membro, e quindi di cittadino dell’Unione, il sig. Baumbast può quindi legittimamente invocare l’art. 18, n. 1, CE”*¹⁰⁹.

L'autonoma rilevanza, in termini di libertà fondamentale, del diritto di circolare e soggiornare negli Stati membri attribuita ai cittadini comunitari sembra peraltro confermata anche dall'Avvocato generale Kokott che, al paragrafo 67 delle conclusioni rese nel caso *N*¹¹⁰ si è espressa in termini ancora più espliciti qualificando la libera circolazione dei cittadini comunitari come una libertà fondamentale:

“Dalla citata giurisprudenza emerge inoltre che l’art. 18 CE non riguarda soltanto limitazioni del diritto di emigrazione, immigrazione e soggiorno in senso stretto, come sostiene il governo tedesco. La libertà di circolazione dei cittadini dell’Unione costituisce invece una libertà fondamentale che deve essere interpretata in senso ampio. L’art. 18 CE sarebbe privato della sua efficacia pratica se avesse soltanto questo limitato ambito di applicazione, e non riguardasse altre norme che possono ostacolare la libera circolazione”.

4.3.6 La libera prestazione di servizi: libertà di prestare e libertà di fruire di servizi

La libera prestazione di servizi è riconosciuta all’art. 56 del TFUE, il quale stabilisce che all’interno dell’Unione sono vietate le restrizioni all’erogazione di servizi resi da soggetti stabiliti in uno Stato membro a committenti di altri Stati membri. Come di seguito meglio spiegato, questa libertà fondamentale ha carattere “bidirezionale” poiché sono vietate anche le restrizioni alla fruizione di servizi prestati da soggetti di altri Stati membri.

La Corte di Giustizia ha messo in evidenza la natura “bidirezionale” della libertà in esame a partire dal caso *Vestergard*¹¹¹. Essa implica:

¹⁰⁹ *Baumbast*, § 84.

¹¹⁰ Causa C-470/04.

¹¹¹ Causa C-55/98.

(i) da un lato, la libertà dei nazionali di uno Stato membro di rendere servizi ai nazionali di un altro Stato membro;

(ii) dall'altro, la libertà dei nazionali di uno Stato membro di acquistare servizi da nazionali di altri Stati membri.

Quando, pertanto, uno Stato membro impone una restrizione alla libera prestazione di servizi, il ricorrente nella causa principale potrebbe essere, sia colui che presta i servizi, che colui che gli ha acquistati. A seconda della prospettiva dalla quale la restrizione viene poi affrontata dipenderà la “posizione” dello Stato membro rispetto alla medesima. In particolare, se la restrizione è denunciata da un committente nazionale che abbia inteso acquistare servizi da un prestatore di altra nazionalità, lo Stato si troverà in una posizione “*origin*”; se, invece, la stessa restrizione è denunciata dal prestatore di altra nazionalità, il predetto Stato si troverà in una posizione “*host*”.

5. Esercizio e abuso delle libertà fondamentali

La Corte – a fronte del tentativo degli Stati membri di sottrarsi all'operatività delle libertà fondamentali argomentando che esse erano state sostanzialmente fatte oggetto di un “abuso” da parte del ricorrente nella causa principale – ha in più occasioni chiarito che non costituisce di per sé un abuso delle libertà fondamentali l'esercizio delle stesse al fine di avvantaggiarsi di più favorevoli disposizioni del diritto societario o fiscali di altri Stati membri (cioè diversi da quello di origine del soggetto che esercita le libertà).

La Corte di giustizia ha affrontato tale tema, ad esempio, nei casi *Centros*, *Inspire Art* e *Cadbury Schweppes*¹¹².

In *Centros*, la Corte si è infatti chiaramente espressa in tal senso affermando che “(...) il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato”¹¹³.

¹¹² Causa C-196/04.

¹¹³ Causa C-212/97, § 27.

Quanto affermato in *Centros* è stato poi dalla Corte ribadito – sempre con riferimento al diritto di stabilimento – nel caso *Inspire Art* dove ha statuito “(...) che la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro unicamente per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce un abuso, e ciò anche qualora la società in questione svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nello Stato di stabilimento”¹¹⁴.

In entrambi casi che precedono, le più vantaggiose disposizioni in questione erano norme di diritto societario; il caso *Cadbury Schweppes* – che richiameremo più volte nei prossimi capitoli – riguardava invece disposizioni di carattere fiscale.

L'Avvocato generale Leger, nelle proprie conclusioni, ha osservato come non sia sostenibile che “(...) fondare una controllata in un altro Stato membro allo scopo dichiarato di beneficiare del, più favorevole, regime fiscale ivi in vigore integri, da parte della società madre, un abuso della libertà di stabilimento, che la priverebbe per ciò stesso della possibilità di far valere i diritti conferiti dagli artt. 43 CE e 48 CE”¹¹⁵.

La Corte, ha vieppiù affermato come “(...) il fatto che la CS (Cadbury Schweppes, n.d.r.) abbia deciso di costituire la CSTS (Cadbury Schweppes Treasury Services residente in Irlanda, n.d.r.) e la CSTI (Cadbury Schweppes Treasury International residente in Irlanda, n.d.r.) nell'IFSC (International Financial Services Centre, n.d.r.) al fine di beneficiare del favorevole regime fiscale che tale stabilimento comporta non costituisce di per sé un abuso e quindi non preclude alla CS la possibilità di invocare gli artt. 43 CE e 48 CE”¹¹⁶.

Si evince pertanto chiaramente che il mero fatto di trarre vantaggio da una legislazione più favorevole di un altro Stato membro, in ambito societario o tributario, non costituisce di per se stesso abuso delle libertà fondamentali.

Il tema dell'abuso ritornerà nel capitolo V in una dimensione diversa, da tenere distinta da quella appena esaminata.

In tale sede, vedremo come la necessità degli Stati membri di contrastare le pratiche elusive dei contribuenti possa rappresentare un motivo imperativo di pubblico interesse idoneo, alle condizioni fissate dalla “*Gebhard rule*”, a giustificare una restrizione arrecata all'esercizio di una libertà fondamentale.

¹¹⁴ Causa C-167/01, § 96.

¹¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Leger al caso *Cadbury Schweppes*, § 40.

¹¹⁶ *Id.*, §38.

CAPITOLO II

Le “quasi restrizioni”

1. Premessa

La permanenza in capo agli Stati membri della competenza fiscale – sia pur non esclusiva – nell’area dell’imposizione diretta può determinare varie tipologie di conseguenze sull’esercizio delle libertà fondamentali, alcune delle quali non sembrano tuttavia eliminabili attraverso l’integrazione negativa; per esse, infatti, risulta necessario l’intervento del legislatore comunitario.

Sulla ampiezza di questa area di “insindacabilità” delle restrizioni causate dalla fiscalità diretta all’indisturbato esercizio delle libertà non vi è, tuttavia, piena unanimità di vedute.

Un valido tentativo di sistematizzazione della differenza esistente tra le forme di interazione della fiscalità statale con le prerogative riconosciute ai cittadini comunitari dal Trattato può essere rintracciata nel parere del compianto Avvocato generale Geelhoed nel caso *ACT IV GLO*¹.

Le restrizioni sono ivi distinte in “quasi restrizioni” e “vere restrizioni”.

La prima tipologia – che esaminiamo in questo capitolo – è accomunata dalla circostanza che si tratta sempre di “(...) *distorsioni delle attività economiche derivanti dal fatto che più ordinamenti giuridici coesistono l’uno accanto all’altro*”²; tali distorsioni possono dare luogo ad un svantaggio per gli operatori economici che interagiscono sul mercato interno (nel qual caso si può parlare a ragion veduta di “quasi restrizioni”) oppure a vantaggi (nel qual caso gli investimenti trasfronteralieri vengono addirittura stimolati e non si creano i presupposti in fatto per invocare l’intervento della Corte).

La ragione nel suffisso “quasi” sta nel fatto che, come premesso, questa tipologia di restrizioni si pone al di fuori del raggio di azione delle libertà fondamentali (anche se non del Trattato *tout court*) e della protezione offerta dall’integrazione negativa veicolata dalla Corte di giustizia: sono essenzialmente tre i sottotipi di “quasi restrizioni” che sono stati evidenziati.

2. Maggiori oneri amministrativi

In primo luogo vengono in considerazione i maggiori oneri amministrativi sostenuti dal contribuente che entra in contatto con

¹ Parere reso dall’Avvocato generale Leelhoed nel caso C-347/04.

² Paragrafo 38 del parere di cui alla nota precedente.

più di un ordinamento tributario rispetto a quelli sopportati dal contribuente che opera solamente nell'ordinamento di origine. Per quanto l'attività del primo contribuente possa astrattamente trovare protezione nel Trattato (perché, ad esempio, si tratta di un investimento che si qualifica come “stabilimento”), è inevitabile che il semplice fatto di dover assolvere agli adempimenti amministrativi previsti in più di uno Stato costituisca di per sé una remora allo svolgimento di tale attività senza che ciò, tuttavia, ammonti ad una violazione del Trattato stesso.

Questo, naturalmente, non significa che gli oneri amministrativi imposti da uno Stato, sia esso d'origine od ospitante, non siano suscettibili di determinare da soli una restrizione vietata, come dimostra, ad esempio, il caso *Futura*³ nel quale l'obbligazione imposta dal Lussemburgo alle stabili organizzazioni di società non residenti di istituire una contabilità separata quale condizione per il riporto in avanti delle perdite è stata considerata una restrizione incompatibile con il diritto di stabilimento.

In questa sede, invece, ci si riferisce a tutte quelle situazioni – che possono essere definite “fisiologiche” – nelle quali gli oneri amministrativi previsti dalla legislazione di uno Stato non rappresentano un ostacolo in sé, ma in quanto si sommano a quelli previsti dalla legislazione di un altro Stato.

È evidentemente con questa tematica in mente che la Commissione ha promosso l'introduzione della c.d. *Common Consolidated Corporate Tax Base* per i gruppi multinazionali europei, con ciò espressamente confermando che la tipologia di restrizione in esame non cade nel raggio d'azione dell'integrazione negativa, essa richiedendo l'intervento del legislatore comunitario.

3. Disparità tra ordinamenti tributari

In secondo luogo, occorre fare riferimento a quelle situazioni in cui lo “svantaggio” sofferto dal contribuente è dovuto alla semplice circostanza che costui opera in ordinamenti giuridici non omogenei.

A tal proposito, la Corte ha riconosciuto che la tutela garantita dal Trattato tramite le libertà fondamentali non implica che, per effetto del loro esercizio, un contribuente non possa trovarsi in una situazione peggiore (o migliore) rispetto a quella in cui si sarebbe

³ Causa C-250/95.

trovato se non avesse deciso di esercitare tali libertà; ciò, evidentemente, nella misura in cui tale svantaggio sia la risultante, non già di misure protezionistiche dello Stato d'origine o di quello ospitante, ma semplicemente del fatto che essi applicano norme tributarie diverse.

Il caso *Gilly*⁴ contiene l'enucleazione del principio appena tracciato.

La signora Gilly, contribuente residente in Francia e di nazionalità francese (acquisita per effetto del matrimonio), era impiegata come insegnante in Germania. In base alla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Francia e Germania, il suo reddito era imponibile in entrambi gli Stati, il primo di essi era tenuto a riconoscere un credito d'imposta pari "*(...) al prodotto dell'importo dei redditi netti assoggettati ad imposta in Germania per l'aliquota risultante dal rapporto tra l'imposta effettivamente dovuta in base al reddito netto globale imponibile secondo la normativa francese e l'importo di tale ultimo reddito*"⁵.

La signora Gilly lamentava nei confronti del proprio Stato di residenza⁶ che il credito d'imposta previsto dalla convenzione contro le doppie imposizioni tra Francia e Germania non era in grado – per effetto della maggiore progressività della tassazione in Germania rispetto a quella in Francia – di assorbire l'intera imposta pagata nel primo Stato.

In altre parole, la signora Gilly soffriva un'imposizione complessiva superiore a quella che avrebbe subito ove avesse lavorato in Francia, piuttosto che in Germania.

La Corte ha notato che lo scopo delle convenzioni contro le doppie imposizioni "*(...) consiste soltanto nell'evitare che gli stessi redditi siano soggetti ad imposta in ciascuno dei due Stati, non già nel garantire che l'imposizione alla quale è soggetto il contribuente in uno Stato non sia superiore a quella alla quale egli sarebbe soggetto nell'altro*"⁷.

Vedremo, nel successivo paragrafo, che la Corte è poi andata oltre sviluppando un concetto già espresso nella stessa sentenza *Gilly*⁸, ed ovvero che il rispetto delle libertà fondamentali, di per sé, non impone agli Stati membri di eliminare la doppia imposizione giuridica derivante dall'esercizio in parallelo delle rispettive potestà

⁴ Caso C-336/96.

⁵ *Gilly*, § 9.

⁶ La legislazione contestata era dunque quella dello Stato d'origine.

⁷ *Gilly*, § 46.

⁸ *Id.*, § 23-30.

impositive (problema della segmentazione della base imponibile); quel che però è importante trarre dalla sentenza in esame è che anche le semplici disomogeneità tra le legislazioni degli Stati, così come possono andare a vantaggio del contribuente, così possono determinare conseguenze a lui avverse senza, tuttavia, che ciò risulti in una restrizione alle predette libertà: “(...) è assodato che le conseguenze sfavorevoli che potrebbe comportare, nella specie, il sistema del credito d'imposta istituito dalla convenzione bilaterale, quale esso è attuato nell'ambito del sistema tributario dello Stato di residenza, discendono soprattutto dalle disparità tra le aliquote d'imposizione degli Stati membri di cui trattasi, la cui fissazione, in mancanza di normativa comunitaria in materia, compete agli Stati membri”⁹.

È indicativo che la Corte abbia dipoi anche precisato che, ove si sostenesse il contrario (ossia che il paese d'origine avrebbe dovuto rettificare il proprio credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero al fine di compensare lo svantaggio in questione), si “(...) usurperebbe la sovranità (degli Stati membri) in tema di tassazione diretta”¹⁰.

Questa puntualizzazione ha una certa importanza poiché aiuta a cogliere il confine che esiste tra i concetti di *competenza* (degli Stati membri, da un lato, e della Comunità, dall'altro), sul quale ci siamo brevemente soffermati nel Capitolo I, e di *rispetto* delle libertà fondamentali, intorno al quale ruota l'“integrazione negativa.

Essendo quella fiscale una materia dove gli Stati hanno mantenuto una propria competenza – sia pur concorrente con quella esercitabile dagli organi comunitari –, la Corte ne rispetta l'esercizio da parte degli Stati stessi, purché tramite essa:

(i) non si introducano norme in contrasto con la legislazione derivata adottata dal Consiglio (il quale ha appunto una competenza concorrente)¹¹;

⁹ *Id.*, § 47.

¹⁰ *Id.*, § 48.

¹¹ Sebbene *Avoir fiscal* sia comunemente indicato come il primo caso fiscale della Corte di giustizia, in realtà il primato spetterebbe al caso *Humblet* (causa C-6/60), riguardante proprio una ipotesi nella quale uno Stato membro aveva preteso di regolare una fattispecie che era già stata armonizzata e sulla quale, pertanto, non aveva perduto la propria competenza. La vicenda è sorta in relazione ai salari dei funzionari della Comunità europea. In forza del trattato CECA (art. 31 e 43) e del Protocollo sulle immunità e i privilegi dei suoi funzionari, gli Stati membri non possono stabilire alcuna forma di imposizione tributaria, diretta od indiretta, basata in tutto od in parte sulla remunerazione corrisposta dalla Comunità al proprio dipendente. Ebbene, il Belgio, pur esentando i salari

(ii) non si violino le libertà fondamentali.

Ebbene, in *Gilly* la Corte ci dice proprio questo: pretendere dalla Francia di modificare il proprio ordinamento fiscale in modo da tenere conto del modo di essere degli ordinamenti fiscali degli altri Stati membri costituirebbe – fintantoché la Comunità non abbia esercitato la propria competenza armonizzatrice sul punto – una illegittima compressione della sua sovranità nazionale.

Il caso *Schempp*¹² si pone in una linea di continuità ideale con *Gilly*.

La questione pregiudiziale era sorta in relazione ad una disposizione tedesca¹³ in base alla quale i soggetti tenuti al pagamento degli alimenti avevano il diritto di dedurre i medesimi dal proprio reddito imponibile ove questi risultassero inclusi nel reddito imponibile del beneficiario¹⁴. Tale disposizione era applicabile anche ove il beneficiario era residente in un altro Stato membro¹⁵.

Pertanto, se il beneficiario in questione fosse stato residente nello Stato di residenza del debitore (Germania appunto) o in uno Stato membro nel quale gli alimenti erano tassati, costui avrebbe potuto dedurre tali pagamenti¹⁶. In questo caso, però, il beneficiario era residente in uno Stato membro (Austria) ove tali pagamenti non erano tassati, talché la deduzione era negata.

La Corte ha fatto notare che lo svantaggio contestato non era una conseguenza dell'interazione tra l'ordinamento fiscale del paese d'origine e il Trattato (art. 12, nella fattispecie), quanto del fatto che *"(...) il destinatario è soggetto, in ciascuno dei due casi, ad un ordinamento fiscale diverso per la tassazione degli alimenti"*¹⁷.

dei funzionari CECA da imposizione, ne teneva conto al fine di determinare l'aliquota marginale alla quale tassare gli altri redditi imponibili (*exemption with progression*).

La Corte, premesso che il diritto comunitario (§ 5) *"(...) prevede una netta distinzione tra i redditi soggetti al potere delle amministrazioni finanziarie nazionali da una parte e le remunerazioni dei funzionari della Comunità dall'altra"*, e che le seconde *"ai sensi dei trattati di Roma, sono soggette esclusivamente, quanto alla loro imponibilità eventuale, al diritto comunitario"* ha concluso nel senso che *"tale ripartizione delle rispettive competenze fiscali porta ad escludere qualsiasi imposizione, non solo diretta ma anche indiretta, dei redditi sottratti alla competenza degli Stati membri"*.

¹² Causa C-403/03.

¹³ Anche in questo caso viene in questione lo Stato d'origine.

¹⁴ *Schempp*, § 4.

¹⁵ *Id.*, § 5.

¹⁶ *Id.*, § 27 e 33.

¹⁷ *Schempp*, § 35.

In conclusione “(...) il Trattato non garantisce al cittadino dell’Unione che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutro sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette”¹⁸.

La pronuncia nel caso *Deutsche Shell*¹⁹ fornisce un esempio più recente del ragionamento della Corte in tema di disparità.

In questo caso, la Germania negava a una società residente il diritto di dedurre una perdita valutaria subita al rientro del capitale iniziale messo a disposizione di una sua sede secondaria in Italia.

Sebbene la Corte abbia stabilito che il diniego costituiva una violazione del Trattato poiché – ancorché privo di connotati discriminatori²⁰ – limitava la libertà di stabilimento, essa ha incidentalmente sottolineato che, di norma, tale libertà “(...) non implica che uno Stato membro sia tenuto a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro al fine di garantire, in ogni situazione, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie nazionali, in quanto le decisioni adottate da una società riguardo allo stabilimento di strutture commerciali all'estero possono, a seconda dei casi, essere più o meno favorevoli o sfavorevoli per tale società”²¹.

Detto altrimenti, il Trattato non garantisce la neutralità della “dimensione transfrontaliera” rispetto a quella domestica: gli Stati membri hanno il diritto di strutturare i propri ordinamenti fiscali come ritengono più opportuno e non hanno perciò l'obbligo di “compensare” gli svantaggi risultati dalla mancata armonizzazione fiscale del mercato interno.

4. Divisione della giurisdizione fiscale (segmentazione della base imponibile)

4.1. “Allocazione” vs “esercizio” della giurisdizione fiscale

Come anticipato, un'altra forma di “quasi-restrizione” che è ve-

¹⁸ *Id.*, § 45.

¹⁹ Causa C-293/06.

²⁰ Vedi al riguardo il paragrafo 5.1.2. del Capitolo III.

²¹ *Id.*, § 43.

nuta emergendo nella giurisprudenza della Corte è data dall'esercizio in parallelo della sovranità di due Stati, dal quale può derivare la doppia imposizione giuridica di un medesimo reddito.

Al riguardo, è necessario tracciare una distinzione tra:

(A) Allocazione tra gli Stati della competenza fiscale con il fine di evitare che la stessa materia imponibile sia contemporaneamente attratta a tassazione nei confronti dello stesso soggetto in più di uno Stato membro. Il relativo potere rientra tra le prerogative degli Stati poiché la materia, a oggi, non è stata oggetto di armonizzazione da parte della Comunità (fatte salve le direttive e i regolamenti ricordati al Capitolo primo). Vuol dire, come emergerà ancor più chiaramente nel prosieguo, che le conseguenze pregiudizievoli eventualmente sofferte per effetto dell'esercizio – o del non esercizio – del potere in questione non ledono le libertà fondamentali e non possono, dunque, essere superate attraverso l'integrazione negativa.

(B) Esercizio da parte di uno Stato della competenza fiscale a esso allocata in forza di quanto indicato alla lettera precedente. Il relativo potere non deve determinare l'insorgenza di ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali giacché esse possono costituire restrizioni a tutti gli effetti. Ad esempio, una volta che in base alla convenzione contro le doppie imposizioni sia allocata allo Stato della fonte la potestà impositiva sui dividendi in uscita – allocazione che come appena detto rientra nelle prerogative degli Stati – tale Stato dovrà esercitare detta potestà nel rispetto del Trattato, il che implica (i) assicurare a tali dividendi il c.d. "trattamento nazionale"²² e, in ogni caso, (ii) astenersi dall'imporre ostacoli al godimento della sottostante libertà fondamentale²³.

4.2. La doppia imposizione giuridica internazionale non costituisce – di per sé – una restrizione alle libertà fondamentali

La posizione della Corte sulle restrizioni derivanti dall'esercizio in parallelo di due giurisdizioni fiscali e, più in particolare, sul problema della doppia tassazione di uno stesso reddito in capo allo stesso soggetto che esso può determinare, si è, come visto poc'anzi, resa palese sin dal caso *Gilly*, dove si è puntualizzato che il potere degli Stati di scegliere liberamente i criteri di collegamento sulla cui scorta assegnare a tassazione le fattispecie con elementi di estraneità discende, *"(...) in mancanza di misure di unificazione o di armonizzazione*

²² Vedi al riguardo il paragrafo 5.1.1. del Capitolo III.

²³ Vedi al riguardo il paragrafo 5.1.2 del Capitolo III.

nell'ambito comunitario, in particolare in forza dell'art. 220, secondo trattino, del Trattato, dalla competenza che hanno le parti contraenti a stabilire, al fine di eliminare le doppie imposizioni, i criteri di ripartizione fra esse del loro potere impositivo".²⁴

È, infatti, a tale decisione che si richiama l'Avvocato generale Geelhoed quando sottolinea l'assenza, nell'attuale fase di sviluppo del diritto comunitario, di regole uniformi di ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati e, dunque, la permanenza in capo a questi ultimi del potere di legiferare in materia; e non è irragionevole, precisa altresì Geelhoed, che nel far ciò gli Stati stessi facciano riferimento ai criteri elaborati dalla prassi internazionale e, in specie, a quelli della tassazione nello Stato della "fonte" e/o della "residenza" di cui al Modello di convenzione contro le doppie imposizioni adottato dall'OCSE²⁵.

La sentenza che, forse meglio di ogni altra, evidenzia il *self restraint* della Corte sul tema della allocazione della potestà impositiva tra gli Stati è quella pronunciata nel già citato (e più volte rammentato nel prosieguo) caso *Futura*.

La Corte ha qui affermato che il principio secondo il quale lo Stato della fonte, ai fini della tassazione del non-residente, deve e può prendere in considerazione solo gli utili e le perdite da costui prodotti all'interno del proprio territorio (a differenza di quanto accade per il residente, rispetto al quale vengono presi in considerazione gli utili e le perdite ovunque prodotti), è conforme al principio di territorialità e non determina alcuna discriminazione:

*"Nella fattispecie, per quanto riguarda i contribuenti residenti, la legge lussemburghese assoggetta all'imposta tutti i loro redditi e la base imponibile non è limitata alle loro attività lussemburghesi. (...) Per contro, per quanto riguarda la determinazione della base imponibile dei contribuenti non residenti, sono presi in considerazione ai fini del calcolo dell'imposta da essi dovuta in Lussemburgo soltanto gli utili e le perdite derivanti dalle loro attività lussemburghesi. Tale regime, conforme al principio tributario della territorialità, non può considerarsi comportare una discriminazione, palese o dissimulata, vietata dal Trattato"*²⁶.

Corre l'obbligo di evidenziare che la posizione di non-intervento della Corte in materia di criteri di collegamento delle fattispecie tributarie con elementi di estraneità alle diverse giurisdizioni

²⁴ *Gilly*, § 30.

²⁵ Cfr. § 52 del parere reso nella Causa C-374/04.

²⁶ *Futura*, § 21-22.

statuali è stata autorevolmente avversata ritenendo che, in effetti, l'eliminazione della doppia imposizione internazionale all'interno del mercato unico costituisca più di un mero impegno programmatico (riflesso nell'abrogato art. 293 del Trattato), e assurga al rango di vero e proprio obbligo imposto dal rispetto delle libertà fondamentali (d'onde la erroneità della loro qualificazione alla stregua di "quasi restrizioni").

Il ragionamento che sta alla base di questa posizione muove dalla presa d'atto che la doppia imposizione internazionale si determina indipendentemente dall'adozione di misure discriminatorie o protezionistiche da parte di uno dei due Stati coinvolti: se, ad esempio, lo Stato (A) – indipendentemente dalla residenza della società-madre – assoggetta alla medesima imposizione alla fonte tutti i dividendi distribuiti da una società-figlia ivi residente e lo Stato (B) di residenza della società-madre – indipendentemente dalla residenza della società-figlia che li eroga – assoggetta tutti i dividendi percepiti allo stesso livello di imposizione, si avrà una doppia imposizione giuridica sebbene nessuno dei due Stati abbia riservato alle fattispecie con elementi di estraneità un trattamento meno favorevole di quello riservato alla fattispecie puramente interna.

Tuttavia, per quanto priva di connotati discriminatori, la situazione con elementi di estraneità (società madre e società figlia residenti in Stati diversi) risulta obiettivamente pregiudicata rispetto a quella puramente interna (società madre e società figlia entrambe residenti nello stesso Stato) e questo, secondo l'impostazione in esame, confliggerebbe con gli impegni assunti nel Trattato.

Il fondamento di tale conclusione è rintracciato nelle storiche sentenze *Dassonville*²⁷ e *Cassis de Dijon*²⁸ dove la Corte ha rispettivamente accertato: (i) la illegittimità delle misure che, sebbene non discriminatorie, siano comunque anche solo potenzialmente idonee, direttamente od indirettamente, ad ostacolare gli scambi all'interno del mercato unico²⁹; (ii) la rilevanza in materia di un Principio di ragionevolezza secondo il quale tali misure vanno giustificate qualora "(...) possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori"³⁰.

²⁷ Causa C-8/74.

²⁸ Causa C-120/78.

²⁹ *Dassonville*, § 5.

³⁰ *Cassis de Dijon*, § 8.

Anche nel caso *Cassis de Dijon* venivano in gioco misure che, similmente a quelle concernenti la allocazione delle rispettive potestà impositive tra gli Stati, “(...) in mancanza di una normativa comune in materia (...) spetta agli stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio (...)”³¹; ciò, tuttavia, non ha impedito alla Corte di decretarne l’illegittimità laddove, pur essendo prive di contenuto discriminatorio, esse si risolvessero in un – ingiustificato – ostacolo alla libera circolazione delle merci.

I successivi passaggi di questo ragionamento si articolano:

(i) in primo luogo, nell’affermazione della necessità di estendere i principi sviluppati in *Dassonville* e *Cassis de Dijon* alle altre libertà quando applicate nella materia dell’imposizione diretta;

(ii) in secondo luogo, nella presa d’atto che la doppia imposizione internazionale – diversamente dalle altre restrizioni – è provocata da misure, di per sé legittime, di *due* Stati, onde si tratta di stabilire su quali basi sia possibile: (a) imporne la modifica e (b) a quale dei due Stati imporla.

A questo secondo riguardo, potrebbe sostenersi che la risposta vada cercata nelle indicazioni provenienti dalle scelte normative compiute a livello di diritto comunitario derivato oppure dalla stragrande maggioranza degli Stati membri. In particolare, laddove dalle une o dalle altre emerga che una determinata tipologia di reddito transazionale viene assoggetta ad imposizione nello Stato della fonte o in quello di residenza è a tale regola che dovrebbe informarsi la decisione in merito alla legittimità di un caso di doppia imposizione internazionale nel quale uno dei due Stati coinvolti preveda un regime impositivo che – rispetto a quella medesima tipologia di reddito – si discosti da siffatte indicazioni³².

Per quanto riguarda il primo aspetto – come si avrà modo di vedere affrontando in un’ottica più ampia le varie tipologie di restrizioni emergenti dalla giurisprudenza della Corte in materia fiscale –, la Corte ha pienamente avallato l’applicazione dei principi svilup-

³¹ *Ibidem*.

³² Ad esempio, in materia di dividendi, interessi e royalties l’indicazione che emerge sia dal diritto comunitario secondario che dalle normative nazionali è nel senso della esenzione da parte dello Stato della fonte. Questo vuol dire che anche nelle ipotesi nelle quali le direttive comunitarie in materia non trovano applicazione (per esempio nel caso di dividendi relativi a partecipazioni che non si qualificano per la direttiva madre-figlia), l’eventuale imposizione da parte dello Stato della fonte – ovi si vada a sommare a quella dello Stato di residenza – dovrebbe ritenersi illegittima sotto il profilo della restrizione delle libertà fondamentali.

pati in materia di libera circolazione delle merci alle altre libertà, in specie avuto riguardo alla loro declinazione fiscale.

Il secondo aspetto, invece, risulta più problematico e non sembra, a tutt'oggi trovare avalli dalla giurisprudenza; il che priva l'ipotesi ricostruttiva in esame del suo possibile sbocco operativo.

La Corte, infatti, è rimasta fedele all'impostazione fissata a partire dal caso *Gilly* dove ha, come visto, "relegato" la allocazione della potestà impositiva tra gli Stati – e la eliminazione suo tramite della doppia imposizione internazionale – tra le questioni risolubili solo dal potere legislativo, esercitato a livello nazionale e/o comunitario.

Il caso che ha raccolto l'eredità del caso *Gilly* in merito al profilo qui esaminato sembra essere *Kerckabert and Morres*³³.

La questione pregiudiziale sorgeva in relazione alla tassazione di dividendi distribuiti da una società residente in Francia a due soci residenti in Belgio. In base alla legislazione belga i dividendi in entrata (di origine domestica o comunitaria) erano indistintamente tassati con l'aliquota proporzionale del 25%, mentre la Francia assoggettava i dividendi in uscita ad una ritenuta alla fonte del 15%. Nel caso di specie, pertanto, i dividendi erano sottoposti ad una duplice tassazione: nel Stato della fonte (al 15%) ed in quello di residenza (al 25%).

Secondo la convenzione contro le doppie imposizioni applicabile, il Belgio riconosceva un credito per le imposte pagate in Francia rinviando, a tal fine, alla propria legislazione interna. Successivamente, tuttavia, il Belgio modificava la propria normativa di riferimento abrogando il suddetto credito d'imposta che, dunque, veniva negato ai due beneficiari dei dividendi. Da questo antefatto veniva quindi sollevata la questione pregiudiziale se il Belgio – nel tassare nello stesso modo i dividendi di fonte domestica e comunitaria e nel non riconoscere a questi ultimi un credito d'imposta per compensare il prelievo applicato nello Stato della fonte – stesse provocando una restrizione alla libera circolazione dei capitali.

La Corte ha subito puntualizzato che all'origine del trattamento meno favorevole applicato alla fattispecie transfrontaliera – ove paragonata a una puramente interna – non vi erano le modalità impositive adottate dal Belgio (nel qual caso se ne sarebbe potuto lamentare il carattere discriminatorio nella forma dell'applicazione

³³ Causa C-513/04

di uno stesso trattamento a situazioni diverse)³⁴, ma l'esercizio in parallelo della sua sovranità fiscale con quella della Francia e che le convenzioni contro le doppie imposizioni, come quella conclusa tra tali due paesi, hanno esattamente la funzione di eliminare o mitigare simili effetti negativi.

Ciò premesso, e constatato che “(...) il diritto comunitario, al suo stato attuale ed in una situazione come quella di cui alla causa principale, non stabilisce criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità”³⁵, la Corte ha confermato che “(...) spetta agli Stati membri adottare le misure necessarie per prevenire situazioni come quella di cui alla causa principale utilizzando, in particolare, i criteri di ripartizione seguiti nella prassi fiscale internazionale”³⁶.

È chiaro che quanto precede equivale a ribadire l'insussistenza di una base legale di fonte comunitaria che consenta alla Corte di imporre ad uno dei due Stati di rinunciare alla propria potestà fiscale in vista dell'eliminazione della doppia imposizione internazionale.

I successivi casi *Block*³⁷, *Orange European Smallcap Fund NV*³⁸ e *Damseaux*³⁹ non hanno fatto altro che confermare questa impostazione.

Il caso *Block* riguardava una disposizione vigente in Germania che – ai fini del calcolo dell'imposta di successione dovuta dai propri residenti su crediti di capitale vantati nei confronti di debitori residenti in un altro Stato membro (la Spagna in questo caso) – non consentiva di accreditare l'imposta di successione ivi versata su tali crediti. Di conseguenza, i crediti di capitale in questione erano tassati sia nello Stato membro di residenza dell'erede che nello Stato membro di residenza del debitore⁴⁰.

³⁴ *Kerckbaert and Morres*, § 19.

³⁵ Fatta eccezione, precisa la Corte al paragrafo 22, “(...) per la direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madre e figlie di Stati membri diversi (GU L 225, p. 6), la convenzione 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (GU L 225, p. 10) e la direttiva del Consiglio 3 giugno 2003, 2003/48/CE, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi (GU L 157, p. 38) ...”.

³⁶ *Id.*, § 23.

³⁷ Causa C-67/08.

³⁸ Causa 194/06.

³⁹ Causa C-128/08.

⁴⁰ *Block*, § 28.

La Corte ha al riguardo riaffermato il principio che *"(...) nell'attuale fase di sviluppo del diritto comunitario, gli Stati membri godono di una certa autonomia in questo settore, salvo il rispetto del diritto comunitario, e non sono perciò tenuti ad adattare il proprio ordinamento fiscale ai diversi ordinamenti fiscali degli altri Stati membri al fine, tra l'altro, di eliminare la doppia imposizione derivante dall'esercizio parallelo, da parte di tali Stati membri, della propria sovranità fiscale"*⁴¹.

Il caso *Damseaux* proponeva un simile quesito relativo ai dividendi distribuiti da una società francese ad una persona fisica residente in Belgio. In particolare, il tribunale belga aveva rinviato la questione alla Corte domandando se la libera circolazione dei capitali osti: *"(...) ad una convenzione fiscale bilaterale (...) in forza della quale i dividendi versati da una società avente sede in uno Stato membro ad un azionista residente in un altro Stato possano essere tassati in entrambi gli Stati membri, non prevedendo a carico dello Stato membro di residenza dell'azionista l'obbligo incondizionato di prevenire la doppia imposizione che ne deriva"*⁴².

Come si vede, la questione preliminare non riguardava il problema dell'eventuale sussistenza di un trattamento deteriore dei dividendi di fonte estera rispetto a quelli di fonte domestica (nel qual caso si sarebbe applicata la giurisprudenza della Corte sul trattamento selettivo, da parte dello Stato d'origine, dei "dividendi in entrata")⁴³; ma il fatto che la convenzione contro le doppie imposizioni Belgio-Francia *"(...) consentiva che i dividendi esteri venissero tassati in entrambi gli Stati membri"*.

La Corte ha al riguardo puntualizzato che tale questione non chiamava in causa le libertà fondamentali spettando *"(...) agli Stati membri prendere le misure necessarie per prevenire situazioni di doppia imposizione, applicando, in particolare, i criteri seguiti nella pratica fiscale internazionale"*⁴⁴.

Ciò, tuttavia, non significa che gli Stati siano gravati da un'obbligazione in tal senso; infatti, in una fattispecie *"(...) in cui, sia lo Stato membro della fonte dei dividendi, sia lo Stato membro di residenza dell'azionista possono tassare tali dividendi, ritenere che spetti necessariamente allo Stato membro di residenza prevenire tale doppia imposizione si risolverebbe nel conferire una priorità*

⁴¹ *Id.*, § 31.

⁴² *Damseaux* § 23.

⁴³ Si veda il paragrafo 5.2.1 del Capitolo III.

⁴⁴ *Damseaux* § 30.

*nell'imposizione di detto genere di redditi allo Stato membro della fonte*⁴⁵.

In altre parole, per quanto auspicabile, il valore del coordinamento tra gli Stati finalizzato ad evitare l'esercizio in parallelo della potestà impositiva di due Stati non sembra tradursi in un limite di siffatte potestà.

4.3. La doppia imposizione derivante dalla violazione di una convenzione contro le doppie imposizioni non è rilevante per il diritto comunitario

Si deve in questa sede sottolineare che se, come in precedenza osservato, è vero che la violazione del Trattato non può essere giustificata dalla necessità di rispettare una convenzione internazionale – se non nei ristretti limiti contemplati dall'art. 351 TFUE –, è correlativamente altrettanto vero che la violazione di una convenzione internazionale – con la quale siano state allocate le rispettive competenze fiscali degli Stati contraenti – non determina di per sé una violazione del Trattato.

Invero, il “*treaty override*” compiuto da uno Stato contraente con la propria legislazione interna è considerato dalla Corte una circostanza di per sé irrilevante – ai fini del sindacato di legittimità da essa svolto –, in quanto si tratta sempre di un problema di allocazione (o, potremmo dire, di usurpazione) di competenza e non di esercizio della medesima.

Il problema si era posto già nel caso *Kearckhaert and Morres* esaminato al paragrafo precedente, anche se in tale occasione esso era rimasto sullo sfondo in quanto assorbito dalla questione più generale della (in)sussistenza di un potere della Corte di sindacare la distribuzione delle rispettive potestà impositive tra gli Stati; si ricorderà infatti che il Belgio aveva unilateralmente abrogato il credito d'imposta al quale faceva rinvio la convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con la Francia.

Il successivo caso *Columbus Containers*⁴⁶, invece, è proprio centrato sul tema della rilevanza – quale possibile restrizione alle libertà fondamentali – della violazione da parte di uno Stato membro di una previsione contenuta nel trattato contro le doppie imposizioni concluse con un altro Stato membro.

⁴⁵ *Id.* § 32.

⁴⁶ Causa C- 298/05

Columbus Containers era una società di persone a responsabilità limitata residente in Belgio i cui soci erano tutti residenti in Germania⁴⁷.

Secondo la legislazione fiscale tedesca le società di persone – anche se residenti in un altro Stato e ivi assoggettate ad imposizione come autonomi soggetti passivi – erano considerate fiscalmente trasparenti talché i loro redditi erano imputati ai soci indipendentemente dalla loro percezione⁴⁸.

In base, poi, all'art. 23, primo comma della convenzione contro le doppie imposizioni conclusa tra la Germania ed il Belgio, i redditi che un residente del primo Stato (della residenza) riceveva dal secondo Stato (della fonte) – e che erano ivi attratti ad imposizione in base alla convenzione stessa – restavano esenti da tassazione nel primo Stato.

Pertanto, secondo la convenzione applicabile, i redditi della società in questione avrebbero dovuto essere esenti in Germania.

Tuttavia, poiché Columbus Containers era soggetta in Belgio a una aliquota d'imposta inferiore al 30%, in base alla legislazione "CFC" tedesca i suoi redditi, anziché andare esenti come previsto dalla convenzione, venivano tassati in Germania salvo riconoscere un credito, fino a sua concorrenza, per l'imposta prelevata in Belgio. Poiché il disconoscimento del regime convenzionale determinava un onere fiscale maggiormente gravoso (a causa, evidentemente, del divario tra l'aliquota belga e quella tedesca), i soci lamentavano che la normativa nazionale restringeva illegittimamente l'esercizio del diritto di stabilimento.

La Corte, dopo aver esattamente notato che – indipendentemente dal meccanismo applicabile per tenere conto delle imposte pagate all'estero (esenzione o credito d'imposta) – il prelievo applicato dalla Germania sui redditi delle società di persone non residenti non era diverso da quello da essa applicato sui redditi delle società di persone residenti e che, dunque, la legislazione nazionale non era discriminatoria⁴⁹, ha: da un lato, confermato che gli Stati godono di autonomia nella previsione – attraverso misure domestiche o convenzioni bilaterali – degli strumenti per eliminare o attenuare la doppia imposizione internazionale⁵⁰; dall'altro, ed è questo il punto che ci interessa in questa sede, chiarito che essa non

⁴⁷ *Columbus Containers*, § 13 e 14.

⁴⁸ *Id.*, § 5.

⁴⁹ Tutto ciò analogamente a quanto avvenuto nel citato caso *Damseaux*.

⁵⁰ *Columbus Containers* § 45.

ha alcuna giurisdizione in merito alle eventuali violazioni compiute dagli Stati rispetto agli accordi da essi presi per raggiungere tale finalità⁵¹.

5. Conclusioni: le “quasi restrizioni” sono sempre determinate dalla legislazione fiscale di due Stati

L'elemento che accomuna gli ostacoli sin qui esaminati è dato dalla circostanza che essi non sono mai causati da un particolare regime fiscale nazionale che – in un modo od in un altro – si frappone all'esercizio delle libertà fondamentali; le “quasi restrizioni” sono sempre la risultante del fatto che determinati connotati dell'ordinamento fiscale di uno Stato membro – per quanto in sé fiscalmente neutrali dal punto di vista dell'impatto sull'esercizio di una certa libertà fondamentale – si traducono in un ostacolo nel momento in cui essi interagiscono con e/o si sommano ai connotati dell'ordinamento fiscale di un altro Stato membro.

Questo è vero sia per i maggiori oneri amministrativi, sia per le disparità tra le regole vigenti nei vari ordinamenti che, da ultimo, per l'esercizio in parallelo della vera e propria potestà impositiva.

Il rilievo che precede costituisce un utile strumento analitico per isolare – all'interno della congerie di ostacoli che la fiscalità statale è in grado di porre alla realizzazione del mercato interno – quelli suscettibili di essere affrontati con gli strumenti dell'integrazione negativa da quelli che richiedono necessariamente l'intervento del legislatore comunitario. In effetti, le restrizioni propriamente dette – ossia soggette al raggio d'azione dell'integrazione negativa – sono solo quelle che dipendono da misure fiscali adottate da un determinato Stato in violazione agli obblighi assunti con la sottoscrizione del Trattato.

Una significativa “riprova” al riguardo si può trarre, ad esempio, dal caso *Thin Cap Group Litigation*⁵². La fattispecie dovrà essere riesaminata nel Capitolo IV, quando tratteremo delle restrizioni discriminatorie e della comparabilità tra residente e non-residente agli effetti delle normative antielusive come quella oggetto del caso appena citato. Qui mette solo richiamare l'attenzione su un dato. La Corte ha rilevato che “(...) le disposizioni nazionali relative alla sottocapitalizzazione introducono una disparità di trattamento tra

⁵¹ *Id.*, § 47.

⁵² Causa C-524/04.

*società mutuatricie residenti a seconda che la società collegata mutuante abbia o meno sede nel Regno Unito*⁵³.

In particolare, la normativa controversa trattava diversamente gli interessi passivi corrisposti da società residenti a seconda che essi fossero dovuti a società, appartenenti allo stesso suo gruppo di imprese, residenti o non-residenti: nel primo caso detti interessi erano deducibili, nel secondo no.

Ebbene, i governi nazionali chiamati in causa e intervenuti nel giudizio di remissione argomentavano che tale diversità di trattamento trovava fondamento nel loro diritto di ripartire gli utili di società appartenenti a uno stesso gruppo fondandosi sulla regola della "piena concorrenza" o della "comparazione con il terzo" enunciata, in particolare, dall'art. 9 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni e che, secondo tale regola, lo Stato di residenza della società mutuante era competente a tassare gli interessi percepiti se la transazione in questione era simile a una transazione realizzata fra terzi, mentre, in caso contrario, tale competenza spettava allo Stato di residenza della società mutuatrice⁵⁴.

In effetti, l'argomento in questione mirava a dimostrare che l'indeducibilità degli interessi passivi, ove prevista, costituiva il risultato dell'azione di due Stati e, in particolare, dell'allocatione delle rispettive potestà impositive tra di essi; allocatione peraltro non sindacabile perché rimessa alla loro competenza, come riconosciuto nel caso *Gilly*.

La Corte ha, invece, puntato l'indice sulla circostanza le disposizioni nazionali sotto esame, prevedendo che gli interessi versati da una società residente su un prestito concesso da una società collegata non residente dovessero essere qualificati come utili distribuiti, "(...) riflettevano una scelta unilaterale del legislatore britannico"⁵⁵.

Più esattamente, siffatte disposizioni "(...) piuttosto che cercare di evitare la doppia imposizione di utili realizzati nel Regno Unito, (...) riflettevano la scelta di tale Stato membro di configurare il proprio regime fiscale in modo tale da evitare che tali utili fossero sottratti all'imposta nel suo territorio tramite un sistema di sotto-capitalizzazione di società controllate residenti da parte di società collegate non residenti"⁵⁶.

⁵³ *Thin Cap Group Litigation*, § 40.

⁵⁴ *Id.*, § 47 e 48.

⁵⁵ *Id.*, § 51.

⁵⁶ *Id.*, § 52.

Pertanto, “(...) il carattere unilaterale delle disposizioni che qualificano taluni interessi versati a società non residenti come utili distribuiti non è smentito né dal fatto che, per l’attuazione di una tale qualifica, tale Stato membro si sia ispirato ai principi riconosciuti a livello internazionale, né tanto meno dalla circostanza che, per società mutuanti residenti in alcuni altri paesi, detto Stato abbia tentato di combinare l’applicazione della sua normativa interna con convenzioni contro le doppie imposizioni contenenti clausole dirette a evitare o a attenuare la doppia imposizione che potesse derivare da una tale qualifica”⁵⁷.

Non può sfuggire che la “chiave” della decisione sul punto sta nell’aggettivo “unilaterale” della misura fiscale all’origine della restrizione; aggettivo che evidenzia la radicale differenza tra la “quasi-restrizione” palesatasi nel caso *Gilly* e la “vera restrizione” venuta alla luce nell’appena esaminato caso *Thin Cap Group Litigation*.

⁵⁷ *Ibidem*.

CAPITOLO III

Restrizioni discriminatorie e non discriminatorie

1. Premessa

È giunto adesso il momento di esaminare le condotte degli Stati che possono effettivamente qualificarsi come restrizioni vietate dal Trattato.

Costituisce un principio continuamente ribadito dalla Corte che la competenza riconosciuta agli Stati in materia di imposizione diretta consente loro di congegnare i propri sistemi fiscali – ossia i propri “trattamenti nazionali” – godendo di ampi margini di autonomia.

D'altra parte, l'esaminata giurisprudenza comunitaria in tema di doppia imposizione giuridica all'interno della Comunità dimostra il grado di rispetto che la Corte – a dispetto di quanto gli viene viceversa sovente imputato – presta per le prerogative statuali.

Gli Stati operano in linea di principio al riparo da limiti imposti dal diritto comunitario (salvo quelli derivanti dalle direttive oltre che dalla c.d. *soft law*) quando determinano:

(i) *i contenuti* dei “trattamenti nazionali” applicabili all'interno della propria giurisdizione fiscale, volendo con questo intendere che gli Stati possono autonomamente elaborare e disciplinare le fattispecie impositive suscettibili di essere attratte alla propria giurisdizione determinando i relativi presupposti d'imposta, soggetti passivi, basi imponibili ed aliquote; del pari, possono essere stabilite in autonomia le procedure di attuazione del rapporto obbligatorio d'imposta (accertamento e riscossione) e le collegate misure sanzionatorie;

(ii) *l'estensione territoriale* della suddetta giurisdizione fiscale e, quindi, la *allocazione* delle rispettive potestà impositive (cfr. il precedente capitolo § 4.1.).

Tuttavia, ed al contempo, i vincoli derivanti dal Trattato, impongono che i trattamenti nazionali – pur autonomamente fissati nei loro contenuti – siano nondimeno compatibili con le libertà fondamentali. È questo, del resto, il principio che la Corte ribadisce nella quasi totalità delle proprie pronunce:

“(...) si deve rammentare che, secondo costante giurisprudenza, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario”¹.

¹ Così *ACT IV GLO*, § 36. Merita qui richiamare l'utile puntualizzazione fornita dall'Avvocato generale Maduro nel parere reso su caso *Marks & Spencer* (C-446/03) al § 23: “(...) *the limits flowing from Community law apply only on the*

Quindi, gli Stati si sono sì riservati una competenza in materia fiscale (una competenza concorrente con quella della Comunità), ma essi hanno altresì assunto degli obblighi ai quali si debbono attenere nell'esercizio di detta competenza.

2. Stato ospitante (“*host*”) – Stato d’origine (“*origin*”)

Che cosa significa, allora, “rispetto del diritto comunitario”?

Innanzitutto, si deve ricordare come l’interazione tra sistemi nazionali e libertà fondamentali possa avvenire in due diversi contesti, quello dello “Stato ospitante” (“*host*”) e quello dello “Stato d’origine” (“*origin*”).

Nel prosieguo si vedrà come il rispetto delle libertà fondamentali abbia implicazioni diverse rispettivamente nella dimensione dello Stato ospitante ed in quella dello Stato d’origine, così evidenziando l’esistenza di due autonomi “statuti normativi” collegati alle suddette libertà, applicabili nell’uno e nell’altro caso.

Per adesso si deve precisare che uno Stato membro può assumere la veste di:

(i) di Stato ospitante, quando il sistema fiscale di quello Stato interagisce con l’esercizio di una libertà fondamentale da parte di cittadini (persone fisiche o giuridiche) di altra nazionalità;

(ii) di Stato d’origine, allorché il sistema fiscale di detto Stato interagisce con l’esercizio di una libertà fondamentale da parte dei propri cittadini (persone fisiche o giuridiche).

La sussistenza di questa dicotomia è emerso con la già nota sentenza *Daily Mail*, dove la Corte ha statuito che, per quanto dalla loro formulazione le disposizioni sulle libertà fondamentali sembrano essere concepite avendo riguardo essenzialmente alla dimensione dello Stato ospitante, esse “*proibiscono altresì allo Stato membro d’origine di ostacolare*” l’esercizio delle libertà da parte di cittadini comunitari in un altro Stato membro².

A partire da questa enunciazione di principio – risalente, si noti, alla fine degli anni ottanta – la Corte ha cominciato ad esaminare la fiscalità di ogni singolo Stato da entrambi gli angoli

competences exercised by Member States. The Member States thus remain free to determine the organisation and and conception of their tax system and to determine the need to allocate between themselves the power of taxation” (enfasi non aggiunta).

² *Daily Mail*, § 16.

visuali: sia quello del cittadino di altra nazionalità che intenda esercitare una libertà *in quello* Stato, da cui i c.d. casi “*host*”, sia quello del cittadino avente la nazionalità di quello stesso Stato che intende esercitare una libertà in *un altro* Stato, da cui i c.d. casi “*origin*”.

Relativamente, in particolare, alla dimensione dello Stato d'origine si osservi che quest'ultimo interagisce non solo con l'esercizio delle libertà fondamentali da parte di coloro che posseggono la nazionalità di quello stesso Stato, ma anche di quelli aventi altra nazionalità che si siano ivi stabiliti e che, successivamente, abbiano inteso esercitare una libertà in un altro Stato ancora.

In altre parole, quando un cittadino dello Stato A intende esercitare una libertà nello Stato B, quest'ultimo opera come Stato ospitante. Qualora poi tale cittadino intenda esercitare una libertà nello Stato C, lo Stato B si “trasforma” in Stato d'origine nonostante che costui abbia la nazionalità dello Stato A.

Questa impostazione emerge chiaramente nel caso *Baars* sorto in relazione alla legislazione dei Paesi Bassi, chiamato in causa quale Stato d'origine: in particolare, una deduzione in tema di imposta patrimoniale applicabile sul valore delle azioni possedute dai residenti in tale Stato veniva limitata alle sole partecipazioni emesse da società residenti.

La Corte, nel concludere per l'incompatibilità della misura in esame, ha affermato che l'art. 52 del Trattato “(...) *osta, parimenti, a che uno Stato membro ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro dei cittadini degli Stati membri residenti sul proprio territorio*”.

Il riferimento ai “*cittadini degli Stati membri residenti sul proprio territorio*” è significativo ai nostri fini in quanto conferma che il raggio d'azione dell'obbligazione gravante sugli Stati membri quali Stati d'origine non abbraccia solamente i propri cittadini ma tutti i cittadini comunitari ivi stabiliti.

Da ultimo, si consideri come una stessa misura nazionale possa, allo stesso tempo, atteggiarsi come restrizione da un punto di vista “*host*” e “*origin*”.

Questo vale anzitutto per i casi dove viene in gioco la libera circolazione dei capitali e la libera circolazione dei servizi:

(i) nel primo caso, la restrizione – ad esempio la concessione ai contribuenti residenti del credito d'imposta sui dividendi solo ove questi erano distribuiti da società residenti (come in

Manninen)³ – si faceva astrattamente apprezzare: (a) in un’ottica “host”, per ciò che le società non residenti in Finlandia erano dissuase dal cercare potenziali investitori tra i residenti in tale Stato (ospitante); (b) in un’ottica “*origin*” (così come questo caso è stato in effetti sollevato), perché i residenti in Finlandia erano dissuasi dall’investire nel capitale di società non-residenti in tale Stato (d’origine)⁴;

(ii) nel secondo caso, la restrizione – ad esempio la deducibilità limitata dei costi per l’acquisto di servizi da imprese non-residenti (come in *Eurowings*⁵ che esamineremo nel prosieguo) – si faceva apprezzare: (a) in un’ottica “*origin*” (così come anche questo caso è stato in effetti sollevato) perché dissuadeva i residenti dall’acquistare servizi da fornitori non-residenti ed (b) in un’ottica “*host*” perché dissuadeva i fornitori non-residenti dal ricercare clienti nello Stato ospitante⁶.

Può poi accadere che uno stesso caso – qualora scaturente da una procedura d’infrazione – sia contemporaneamente esaminato in una dimensione “*host*” e “*origin*”.

Ciò si è ad esempio verificato in *Commission v. Germany*⁷ dove la normativa nazionale tedesca era strutturata in modo tale, non solo da negare ai non-residenti che possedevano la maggior parte del proprio reddito in Germania (e che dunque erano comparabili ai residenti in base a quella che vedremo essere la “dottrina *Schumacker*”) un premio previdenziale integrativo (così creando una discriminazione “*host*”), ma anche da pregiudicare i residenti revocando loro siffatto beneficio ove si fossero trasferiti in un altro Stato (così creando una “*exit tax*” qualificabile in termini di restrizione “*origin*”).

³ Vedi al riguardo il paragrafo 5.2.1. che segue.

⁴ Il caso *Commission v. Italy* (su cui vedi il paragrafo 5.3.2. del Capitolo IV) sebbene suscitato da una procedura d’infrazione avviata dalla Commissione, poteva astrattamente essere innescato da un socio non- residente di una società italiana (nel qual caso l’Italia si sarebbe trovata in una posizione “dello Stato ospitante” oppure da una società italiana (nel qual caso l’Italia si sarebbe trovata in una posizione “dello Stato d’origine”).

⁵ Vedi al riguardo il paragrafo 5.2.1. che segue.

⁶ Il caso *Eurowings*, pertanto, sebbene sorto in relazione ad una questione pregiudiziale sollevata da un cliente residente (e quindi la Germania si è trovata in una posizione “dello Stato d’origine”), poteva astrattamente essere sollevato da un fornitore non-residente (nel qual caso la Germania si sarebbe trovata in una posizione “dello Stato ospitante”).

⁷ Causa C-269/07.

3. Il divieto di discriminazione e il principio del “trattamento nazionale”

3.1. I concetti di fondo

L'art. 18 del TFUE stabilisce che nel “(...) campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”.

Il suddetto divieto, come sancisce espressamente la proposizione normativa appena riportata, può essere “derogato” dalle disposizioni particolari – aventi anch'esse finalità anti-discriminatoria – contenute nei trattati. Tra queste, un ruolo decisivo è svolto dalle norme che riconoscono le libertà fondamentali ed il diritto di cittadinanza; norme per le quali il divieto in questione non è, infatti, assoluto.

L'art. 18, dunque, ha la funzione di una norma residuale la cui operatività è subordinata all'inapplicabilità al caso specifico di una libertà fondamentale⁸.

La discriminazione, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, può astrattamente prendere la forma: della “*applicazione di regole diverse a situazioni comparabili*” o quella della “*applicazione della medesima regola a situazioni diverse*”⁹.

Questa definizione ruota intorno a due elementi: le “regole” (diverse o uguali) e le “situazioni” (comparabili o diverse).

Per comprendere (intanto e per adesso) in che cosa consista il primo elemento (le “regole”), dobbiamo introdurre il principio del “trattamento nazionale”. Al riguardo, nella sentenza *De Groot* la Corte ha statuito che “(...) per quanto riguarda l'esercizio del potere impositivo così ripartito, gli Stati membri sono tenuti ad adeguarsi alle norme comunitarie e, più in particolare, a rispettare il principio del trattamento nazionale dei cittadini degli altri Stati membri e dei propri cittadini che hanno fatto uso delle libertà garantite dal Trattato”¹⁰.

In effetti, e come vedremo lungo tutto il corso di quest'analisi, il principio del rispetto del “trattamento nazionale” nei confronti di coloro che si siano avvalsi delle libertà fondamentali costituisce uno dei principali strumenti analitici utilizzati dalla Corte nei casi che

⁸ Cfr., ad esempio, i paragrafi 14 e 15 di *Schempp* (Causa C-403/03).

⁹ Così in *Schumacker*, § 30.

¹⁰ *Id.*, § 94.

gli sono sottoposti, onde la sua comprensione è indispensabile per interpretare e – se possibile – correttamente prevedere i contenuti delle sue decisioni.

Nel prosieguo si esaminerà il principio del “trattamento nazionale” nelle seguenti prospettive desumibili sin dalla sentenza *De Groot*:

(i) in primo luogo, dobbiamo interrogarci in merito alle fonti ed al contenuto del “trattamento nazionale”;

(ii) in secondo luogo, dobbiamo esaminare l’obbligo (dello Stato ospitante) di applicare il “trattamento nazionale” ai *cittadini degli altri Stati membri* che hanno fatto uso delle libertà garantite dal Trattato;

(iii) in terzo luogo dobbiamo esaminare l’obbligo (dello Stato d’origine) di applicare il “trattamento nazionale” ai *propri cittadini* che hanno fatto uso delle libertà garantite dal Trattato.

3.2. “Trattamento nazionale” tra diritto interno ed internazionale

Il contenuto di un dato “trattamento nazionale” – così come la sua compatibilità con le libertà fondamentali – è spesso e volentieri la risultante del suo interfacciarsi con il diritto internazionale, per esso intendendo, per quanto di nostro interesse, essenzialmente il diritto delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

Questo interfaccia avviene almeno in due forme che procediamo ad esaminare separatamente.

3.2.1. Il diritto internazionale concorre a determinare il contenuto del “trattamento nazionale”

Il diritto (di fonte) internazionale rileva innanzitutto sotto il profilo delle norme che regolano in concreto una determinata fattispecie impositiva. Vuol dire che se una norma convenzionale vigente in un determinato Stato prevede un determinato beneficio fiscale per i propri residenti, tale beneficio è parte integrante del “trattamento nazionale” vigente in quello Stato e, come tale, deve essere garantito anche ai soggetti aventi una diversa nazionalità.

Questo principio è stato originariamente fissato in una importante sentenza pronunciata in un caso non fiscale: il caso *Matteucci*¹¹.

¹¹ Causa C-235/1987.

La vicenda traeva origine dal diniego opposto dalla competente autorità belga ad accettare la domanda per una borsa di studio presentata dalla signora Matteucci, di nazionalità italiana, la quale viveva e lavorava in Belgio.

La borsa di studio in questione era prevista nell'ambito di un accordo bilaterale tra il Belgio e la Germania in base al quale gli studenti aventi la nazionalità di uno dei due Stati venivano finanziati per recarsi a studiare nel territorio dell'altro.

Il diniego si basava, dunque, sul presupposto che la nazionalità belga costituiva un requisito indispensabile per poter accedere ai benefici previsti dall'accordo internazionale.

La Corte, una volta accertato che la signora Matteucci, quale cittadina italiana che lavorava in Belgio, era tutelata dall'art. 7, secondo comma del Regolamento n. 1612/68 – secondo il quale *“un lavoratore avente la nazionalità di uno Stato membro ha il diritto di beneficiare, nel territorio degli altri Stati membri, delle stesse misure di protezione sociale garantite ai cittadini di tali Stati”*, intendendo per tali anche *“le misure volte a facilitare l'acquisizione da parte sua di qualifiche professionali e a promuovere il miglioramento delle proprie condizioni sociali”* – ha stabilito che il principio di libera circolazione dei lavoratori, nel senso fatto proprio dal predetto regolamento, doveva essere interpretato nel senso che esso *“(...) non permette alle autorità di uno Stato membro di rifiutare la concessione, ad un lavoratore ivi stabilito che svolga nel suo territorio una attività di lavoro dipendente ma abbia una diversa nazionalità, di una borsa di studio per recarsi in un Stato membro terzo”*¹².

Inoltre, ed è questo il punto che ci interessa evidenziare in questa sede, la Corte ha chiarito che un accordo bilaterale *“(...) che riserva le borse di studio in questione ai cittadini dei due Stati che sono parti dell'accordo non può impedire l'applicazione del principio di eguaglianza di trattamento tra cittadini e lavoratori comunitari che si sono stabiliti nel territorio di uno dei due Stati membri”*¹³.

L'importanza di questa pronuncia sta dunque nell'aver riconosciuto che la nozione di “trattamento nazionale” – accanto alle misure di fonte puramente domestica – abbraccia anche le misure previste dagli accordi internazionali dei quali gli Stati membri siano parte.

Pertanto, i benefici derivanti da un accordo internazionale – in quanto parte integrante del “trattamento nazionale” vigente nello

¹² *Id.*, § 23

¹³ *Ibidem.*

Stato membro che ne è parte – devono essere garantiti ad una cerchia di soggetti più ampia di quelli aventi la nazionalità di questo Stato: essi devono, infatti, essere *estesi* anche ai soggetti aventi *altre* nazionalità comunitarie i quali si siano avvalsi di una libertà fondamentale nei confronti dello Stato in questione.

Per rendersene conto esaminiamo la prima sentenza che affronta la problematica *Matteucci* in ambiente tributario: si tratta della sentenza pronunciata nel caso *Saint Gobain ZN*¹⁴.

La vicenda nasceva in relazione al rifiuto della Germania di estendere ad una stabile organizzazione di una società francese i benefici previsti nelle convenzioni internazionali da essa stipulate con gli Stati Uniti e la Svizzera, riguardanti tra l'altro l'eliminazione della doppia imposizione sui dividendi distribuiti da società localizzate in tali Stati. La limitazione in questione – la quale traeva la propria fonte dalle convenzioni stesse – posto che esse non includevano le stabili organizzazioni di società figlie non residenti tra i soggetti destinatari del beneficio – implicava che, mentre i dividendi di fonte estera ricevuti dalle società *holding* residenti in Germania potevano beneficiare del regime convenzionale, quelli ricevuti da stabili organizzazioni in territorio tedesco di società non residenti ne erano esclusi.

La Corte, nel giungere alla conclusione che tale assetto ammonitava ad una ingiustificata restrizione della libertà di stabilimento, ha tra l'altro affermato che nel caso di specie “(...) *trattandosi di una convenzione sulla doppia imposizione stipulata tra uno Stato membro e un paese terzo, il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro parte contraente della suddetta convenzione di concedere ai centri di attività stabili di società non residenti le agevolazioni previste dalla convenzione alle stesse condizioni delle società residenti*”¹⁵.

Si vede bene come *Matteucci* avesse già posto – con dieci anni di anticipo – le fondamenta per la soluzione del caso in esame: i benefici derivanti dalla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata dalla Germania (peraltro con due paesi extracomunitari) costituivano – al pari dell'accordo di scambio culturale sempre stipulato dalla Germania con il Belgio – parte integrante del “trattamento nazionale” ivi applicabile e, come tali, essi dovevano essere garantiti ai soggetti comunitari che si erano avvalsi delle libertà fondamentali in tale Stato.

¹⁴ Causa C-55/00.

¹⁵ *Id.*, § 58.

Vedremo nel prosieguo che i due casi presentano in effetti una rilevante differenza data dalla circostanza che mentre il “trattamento nazionale” in *Matteucci* era basato sulla nazionalità in *Saint Gobain ZN* era invece basato sulla residenza.

3.2.2. Il diritto internazionale può – a certe condizioni – “rimediare” ad una violazione del principio del “trattamento nazionale”

Le norme contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni rilevano poi sotto il profilo della possibile correzione delle restrizioni all’esercizio delle libertà fondamentali causate a livello di norme domestiche.

Più precisamente, poiché il diritto convenzionale integra l’ordinamento tributario di ogni singolo Stato membro, esso può “porre rimedio” ad una situazione di incompatibilità con il diritto comunitario provocata da una disposizione puramente interna.

Il caso che ha per primo messo in luce questo particolare aspetto del ruolo giocato dal diritto convenzionale nel processo di integrazione negativa è *Bouanich*¹⁶.

La questione pregiudiziale – sollevata da una contribuente residente in Francia – riguardava il trattamento che la Svezia riservava alle operazioni di riacquisto di azioni proprie emesse da società ivi residenti: ove l’azionista che procedeva al riacquisto era anch’esso residente, l’operazione generava *capital gains* tassati in capo a costui previa deduzione del costo di acquisto delle azioni; ove viceversa l’azionista era non residente, la stessa operazione generava dividendi tassati al lordo del costo di acquisto.

La fattispecie si presentava dunque come un caso “*host*”, dove lo Stato della fonte riservava al contribuente non residente – che aveva investito i propri capitali in una società ivi residente – un trattamento diversificato rispetto a quello applicato ai soggetti residenti.

La Corte, dopo aver notato che una simile differenziazione determinava in principio una restrizione della libera circolazione di capitali¹⁷, ha affrontato la seconda questione postagli dal giudice

¹⁶ Causa C-265/04.

¹⁷ *Bouanich*, § 40-41: “Si deve notare che le spese di acquisto sono direttamente connesse con l’importo versato per riacquistare le azioni, di modo che i residenti e i non residenti versano, sotto tale profilo, in una situazione paragonabile [rectius: “comparabile”]. Non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione che giustifichi una disparità di trattamento su tale punto tra le due

nazionale: ovvero se la suddetta restrizione potesse considerarsi superata dal fatto che – in base alla convenzione contro le doppie imposizioni applicabile al caso di specie (stipulata tra Svezia e Francia), così come interpretata alla luce del Commentario al Modello OCSE – l'aliquota applicata dalla Svezia agli azionisti non-residenti era fissata nella misura ridotta del 15% (in luogo del 30% applicabile agli azionisti residenti) ed era ammessa la deduzione del valore nominale delle azioni dall'imponibile sottoposto a tassazione¹⁸.

Muovendo dalla premessa che il diritto convenzionale entra a far parte dell'ordinamento tributario di uno Stato membro¹⁹, la Corte ha riconosciuto che esso deve essere preso in considerazione al fine di accertare se il trattamento riservato ai non-residenti era – nel suo insieme – meno favorevole di quello applicato ai residenti. La relativa valutazione – da compiersi a cura del giudice nazionale tenuto conto degli accertamenti in fatto a tal fine necessari²⁰ – doveva pertanto investire, da un lato, il “trattamento nazionale” (ricavabile dalle norme interne) applicabile ai residenti (deduzione del costo di acquisto e aliquota del 30%) e, dall'altro, il “trattamento nazionale” (ricavabile dalle norme interne e da quelle convenzionali) applicabile ai non residenti (deduzione del costo nominale e aliquota del 15%)²¹.

Con la sentenza *Bouanich*, la Corte ha individuato, pertanto, un'ulteriore modalità di interazione del trattamento nazionale di uno Stato membro con il diritto (di fonte) internazionale: quest'ultimo entra a far parte del trattamento nazionale stesso e concorre a definirne il contenuto:

(i) non solo sotto il profilo dei benefici riservati ai soggetti-residenti: tali benefici debbono essere *estesi* ai soggetti non residenti i quali si trovino in una situazione comparabile a quella dei residenti (come visto al precedente paragrafo);

(ii) ma anche dei benefici direttamente applicabili ai soggetti non-residenti: tali benefici possono *sanare* le misure restrittive nei loro confronti previste dal diritto domestico.

Questo secondo profilo è successivamente riemerso nella giurisprudenza in *ACT IV GLO*.

categorie di contribuenti. Ciò considerato, una legge nazionale come la legge 1970 discrimina arbitrariamente gli azionisti non residenti in quanto li assoggetta ad oneri maggiori di quelli gravanti sugli azionisti residenti che versano in una situazione oggettivamente paragonabile [rectius: “comparabile”].

¹⁸ *Id.*, § 52.

¹⁹ *Id.*, § 51.

²⁰ *Id.*, § 54.

²¹ *Id.*, § 55.

Qui la questione era sorta in relazione alla legislazione del Regno Unito in tema di tassazione alla fonte dei dividendi distribuiti da società ivi residenti ed alla fruibilità – da parte dei soci non residenti – delle misure volte ad eliminare o attenuare la doppia imposizione economica (prima in capo alla società e poi al socio) su detti dividendi quando distribuiti a soci residenti.

La Corte ha tracciato una fondamentale distinzione sulla quale torneremo al momento di affrontare il tema della comparabilità: se lo Stato della fonte dei dividendi distribuiti a soci non residenti non assoggetta detti dividendi ad imposizione, esso non è tenuto ad estendere a favore dei predetti soci non residenti le eventuali misure predisposte per eliminare od eliminare la doppia imposizione economica sui dividendi distribuiti a soci residenti, e ciò per la semplice ma risolutiva ragione che residenti e non-residenti non sono comparabili in relazione alla applicazione delle misure in questione visto che, mentre i primi subiscono il prelievo alla fonte, i secondi non lo subiscono²²; se, invece, lo Stato della fonte dei dividendi distribuiti a soci non residenti – unilateralmente o per il tramite di una convenzione contro le doppie imposizioni – assoggetta detti dividendi ad imposizione, ecco che residenti e non residenti divengono comparabili agli effetti delle eventuali misure predisposte per eliminare o attenuare la doppia imposizione economica a favore dei primi, con la conseguenza che esse debbono essere estese ai secondi²³.

Con riferimento a questa seconda ipotesi, la Corte – espressamente richiamandosi sul punto alla sentenza *Bouanich* – ha rimesso al giudice nazionale l'accertamento se l'appena menzionato obbligo di estensione risultava essere stato assolto dal Regno Unito, avendo a tal fine riguardo, non solo alle norme interne, ma anche alla convenzione contro le doppie imposizioni che esso aveva concluso con lo Stato di residenza del socio non residente²⁴.

Con le successive sentenze pronunciate rispettivamente nei casi *Amurta*²⁵ e *Commission v. Italy*²⁶ la Corte ha poi ulteriormente precisato la portata del caso *Bouanich*, fissando i limiti entro i quali il diritto convenzionale può eliminare una restrizione all'esercizio di una libertà fondamentale.

²² *ACT IV GLO*, § 61-67.

²³ *Id.*, § 68-70.

²⁴ *Id.*, § 71.

²⁵ Causa C-379/05.

²⁶ Causa C-540/07.

In entrambi i casi lo Stato ospitante – rispettivamente l'Olanda e l'Italia – applicava un regime impositivo differenziato ai dividendi distribuiti da società ivi residenti ai propri soci in funzione della residenza di questi ultimi²⁷: nel caso di soci residenti, tali dividendi, da un lato, non andavano soggetti ad alcuna ritenuta alla fonte al momento della loro distribuzione e, dall'altro, venivano esentati (nel caso dell'Olanda) o soggetti a tassazione nei limiti del 5% del loro ammontare (nel caso dell'Italia) in capo ai soci stessi; nel caso invece di soci non residenti si applicava una ritenuta alla fonte del 25 o del 27 per cento (per quanto riguarda l'Olanda e l'Italia rispettivamente).

La Corte, una volta riconosciuta la sussistenza in entrambi i casi di una restrizione all'esercizio della libertà di circolazione dei capitali derivante dal diverso (e peggiorativo) trattamento riservato ai dividendi pagati a società non residenti ("*covert discrimination*"), ha affrontato la questione se detta restrizione fosse neutralizzata da eventuali misure adottate negli Stati di residenza delle società beneficiarie stesse e, in particolare, dalla esistenza di un credito d'imposta capace di compensare la ritenuta alla fonte applicata al momento della loro distribuzione.

I principi ribaditi dalla Corte al riguardo sono essenzialmente tre:

In primo luogo, e come sintetizzato dall'Avvocato generale Kokott nel parere reso nel caso *Commission v. Italy*, costituisce un principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza che "[an] *unfavourable tax treatment contrary to a fundamental freedom cannot be justified by the existence of other tax advantages*"²⁸.

Questo vuol dire, in particolare e fra l'altro, che uno Stato membro "(...) *non può invocare l'esistenza di un vantaggio concesso unilateralmente da un altro Stato membro per sottrarsi agli obblighi ad esso incombenti in forza del Trattato*"²⁹.

La parola-chiave di questo arresto è dunque l'avverbio "unilateralmente". Ciò lo si comprende bene dalla spiegazione che fornisce al riguardo sempre l'Avvocato generale Kokott:

"To accept the contrary would, in essence, be tantamount to allowing a Member State to avoid its obligations under Community

²⁷ Si trattava di dividendi per i quali non si rendeva applicabile la Direttiva nr. 90/435 c.d. "Madre-figlia" in quanto relativi a partecipazioni inferiori alla soglia minima del 25% allora vigente.

²⁸ Parere dell'Avvocato generale Kokott in *Commission v. Italy*, § 50.

²⁹ *Amurta*, § 78.

*law by making compliance dependent on the possible effects of the national legislation of another Member State, which may be amended unilaterally at any time by that State*³⁰.

In sostanza, il limite insito nelle misure compensative adottate da uno Stato membro rispetto alle restrizioni alle libertà fondamentali provocate dalla legislazione di un altro Stato membro è dato dal fatto che esse, così come vengono unilateralmente introdotte, possono essere altrettanto unilateralmente eliminate senza che lo Stato membro che vi aveva fatto affidamento per rimuovere la restrizione da esso causata possa fare nulla al riguardo.

La violazione del Trattato ad opera di uno Stato membro non è, dunque, mai neutralizzata da misure compensative introdotte di propria iniziativa da un altro Stato membro.

In secondo luogo e tuttavia, non si può escludere che – come sancito in *Bouanich* e poi in *ACT IV GLO* – uno Stato membro possa evitare la violazione degli obblighi imposti dal Trattato stipulando accordi internazionali quali, in particolare, le convenzioni contro le doppie imposizioni³¹.

Si noti, peraltro, che vi è una differenza tra *Bouanich* e *ACT IV GLO*, da un lato, e *Amurta* e *Commission v. Italy*, dall'altro: nei primi due casi il trattamento di origine convenzionale che poteva astrattamente rimediare alla restrizione costituiva parte integrante dell'ordinamento giuridico dello stesso Stato che aveva provocato la restrizione (lo Stato della fonte); negli altri due, invece, esso era parte integrante dell'ordinamento di un altro Stato (lo Stato della residenza).

La Corte, dunque, tiene distinte le misure che lo Stato della residenza adotta unilateralmente da quelle adottate in esecuzione di convenzioni contro le doppie imposizioni: mentre le prime sono irrilevanti le seconde possono evitare la restrizione causata dallo Stato della fonte. Le ragioni della rilevanza delle convenzioni contro le doppie imposizioni agli effetti in esame è così spiegata dall'Avvocato Kokott:

*"(...) although they can be terminated, if need be, they cannot readily be amended unilaterally"*³².

La spiegazione della differenza tra le due situazioni sembra pertanto stare nella (assunta) maggiore forza di resistenza passiva che, nella opinione della Corte, assiste le norme di origine convenzionale rispetto a quelle puramente domestiche.

³⁰ Parere dell'Avvocato generale Kokott in *Commission v. Italy*, § 50.

³¹ *Amurta*, § 79; *Commission v. Italy*, § 36.

³² Parere dell'Avvocato generale Kokott in *Commission v. Italy*, § 51.

Si potrebbe osservare, tuttavia, che la validità di tale assunto non è assoluta e dovrebbe essere verificata caso per caso tenendo conto della collocazione delle convenzioni internazionali (o delle norme domestiche introdotte in esecuzione delle convenzioni medesime) nella gerarchia delle fonti di ciascuno Stato membro e, dunque, vagliare in concreto se sussistano differenze – rispetto alle procedure all'uopo necessarie – tra la semplice modifica di una norma adottata unilateralmente ed un vero e proprio *treaty override*.

D'altra parte, ed in un'ottica più ampia, potrebbe essere argomentato come – quale che sia lo *status* delle convenzioni internazionali all'interno di un dato ordinamento statuale – la loro violazione da parte di detto Stato resta comunque un atto unilaterale e, come tale, al di fuori del controllo dello Stato (della fonte) che si affidava ad esso per “sanare” la propria infrazione alle norme comunitarie; il che, a stretto rigore, dovrebbe rendere anche le norme di provenienza internazionale inidonee a siffatto scopo.

In sostanza, e concludendo sul punto, la dicotomia tra misurare dello Stato della residenza di matrice unilaterale, da un lato, e convenzionale, dall'altro, ha sì un indubbio fondamento nel tradizionale principio di diritto internazionale *pacta sunt servanda*, per cui le seconde offrono un maggior grado di garanzia in ordine alla “stabilità temporale” del rimedio da esse eventualmente offerto alle restrizioni provocate dallo Stato della fonte; ma si tratta comunque di rimedi che non si sottraggono ad iniziative unilaterali dello Stato (della residenza) che le ha disposte.

In questo senso, l'aver assegnato rilevanza anche ai rimedi dell'altro Stato (come avvenuto in *Amurta* e *Commission v. Italy*) potrebbe aver costituito una estensione eccessiva della valenza del principio fissato in *Bouanich* e *ACT IV GLO* dove, invece, si era riconosciuta rilevanza esclusivamente alle misure, pur di origine convenzionale, dello Stato della fonte stesso.

In terzo luogo, e tuttavia, la Corte non si accontenta che lo Stato della residenza abbia adottato misure astrattamente in grado di sanare la restrizione causata dallo Stato della fonte, esigendo al contrario che la loro efficacia sia vagliata in concreto.

In *Bouanich*³³, in *Amurta*³⁴ e in *ACT IV GLO*³⁵ la Corte ha affidato al giudice nazionale remittente la verifica in oggetto, posto che la

³³ *Commission v. Italy* § 55.

³⁴ *Id.*, § 83.

³⁵ *Id.*, § 71.

questione della possibile rilevanza della convenzione internazionale stipulato con gli Stati della residenza presupponeva accertamenti in fatto esulanti dalla sua competenza.

In *Commission v. Italy*, invece, è stata direttamente la Corte a non riconoscere valore alle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia con gli altri Stati membri (al di là del fatto che in almeno un caso, quello della Slovenia, non vi era alcuna convenzione vigente sulla quale fare affidamento), considerato che esse erano per loro stessa natura incapaci di risolvere il diverso trattamento riservato ai dividendi distribuiti da società residenti ai soci non residenti rispetto a quelli residenti.

Il Governo italiano aveva sostenuto che i dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri non sarebbero in realtà trattati diversamente dai dividendi distribuiti a società residenti, in quanto le convenzioni contro la doppia imposizione permetterebbero di detrarre l'imposta trattenuta alla fonte in Italia da quella dovuta nell'altro Stato membro³⁶.

La Corte ha però precisato al riguardo che la misura convenzionale poteva costituire una soluzione alla restrizione solo nella misura in cui la sua applicazione “(...) permetta di compensare gli effetti della differenza di trattamento derivante dalla normativa nazionale. Infatti, solo nell'ipotesi in cui l'imposta trattenuta alla fonte, in applicazione della normativa nazionale, possa essere detratta dall'imposta, dovuta nell'altro Stato membro, per un ammontare pari alla differenza di trattamento derivante dalla normativa nazionale la differenza di trattamento tra i dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri e i dividendi distribuiti alle società residenti scomparire totalmente”³⁷.

Ebbene, ciò non avveniva nel caso di specie poiché “(...) tale imputazione sull'imposta dovuta nell'altro Stato membro dell'imposta trattenuta alla fonte in Italia non è garantita dalla normativa italiana. Infatti, l'imputazione presuppone segnatamente che i dividendi provenienti dall'Italia siano sufficientemente tassati nell'altro Stato membro”³⁸.

È vero, difatti, che in tutte le ipotesi nelle quali lo Stato della residenza esenti i dividendi in entrata oppure li assoggetti ad un prelievo inferiore a quello esercitato dallo Stato della fonte si verifica che il credito d'imposta (in ipotesi) riconosciuto nello stesso

³⁶ *Id.*, § 35.

³⁷ *Id.*, § 37.

³⁸ *Id.*, § 39.

Stato della residenza non può assorbire la ritenuta prelevata all'atto della loro distribuzione,

Così impostata la questione, si vede come anche le misure previste dallo Stato della residenza in ossequio ad impegni assunti a livello convenzionale (e che, dunque, sono astrattamente idonee ad essere prese in considerazione dalla Corte agli effetti del “superamento” di una restrizione operante nello Stato della fonte) possono finire per non essere a loro volta rilevanti. Ciò avviene, in specie quando, come nel caso *Commission v. Italy*, la capacità della misura di fonte convenzionale adottata dallo Stato della residenza di sanare la suddetta restrizione dipenda dal modo di essere del sistema impositivo dello Stato della residenza stesso, poiché in tal caso la situazione finisce per non essere dissimile da quella delle misure *tout court* unilaterali considerate nel caso *Amurta*.

In altre parole, se la misura prevista nello Stato della residenza in base alla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con lo Stato della fonte è in grado di rimediare alla restrizione causata da quest'ultimo solo a certe condizioni dipendenti dalla struttura del proprio sistema impositivo, ecco che si torna a dover sostanzialmente fare i conti con una misura unilaterale, con tutto ciò che – come abbiamo visto – ne discende in termini di compatibilità della suddetta misura restrittiva³⁹.

4. A chi spetta il “trattamento nazionale”?

4.1. Discriminazione diretta (sulla base della nazionalità) e indiretta (sulla base della residenza): la “*Sotgiu rule*”

Fin dalla prima pronuncia in tema di libertà di stabilimento, la Corte ha affermato che “(...) l'art. 43 impedisce agli Stati membri di

³⁹ Osserva la Kokott al § 59 del suo parere nel caso *Commission v. Italy* a proposito della valenza del credito di imposta previsto dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia: “*It must be concluded, in summary, that the offsetting of withholding tax an abstract provision for which is made in the double taxation conventions does not, on its own, make up for the difference in treatment of outgoing dividends and nationally distributed dividends as a result of charging that tax. Neutralisation of the effect of withholding tax also turns on the structure of taxation in the recipient's State of residence. This is beyond the influence of the Italian Republic, however, and can also be unilaterally changed by the other Member State at any time without a double taxation convention preventing it*”.

*imporre condizioni ai soggetti esercitanti il diritto di stabilimento che differiscano da quelle stabilite per i propri cittadini*⁴⁰.

È chiara, già in questa risalente statuizione, l'applicazione del principio del "trattamento nazionale".

Per "trattamento nazionale" deve – in linea di principio – intendersi il trattamento fiscale applicato da uno Stato membro ai propri cittadini.

Sennonché mette conto evidenziare che, in linea generale, il fattore di collegamento soggettivo utilizzato dagli ordinamenti nazionali e dalle convenzioni internazionali in materia di tassazione diretta delle persone fisiche o degli enti non è quello della nazionalità, ma della residenza.

Da tale presa d'atto potrebbe essere tratta la conseguenza che quando il diritto tributario domestico (ivi compreso quello di fonte internazionale) riserva al "non-residente" un trattamento diverso dal "residente" e, dunque, non assicura al primo il "trattamento nazionale" applicato al secondo, tale distinzione non determini mai una restrizione alle libertà fondamentali posto che esse, come appena detto, mirano a garantire la parità di trattamento indipendentemente dalla nazionalità del contribuente, e non già indipendentemente dalla sua residenza.

Si tratterebbe, tuttavia, di una conseguenza erranea.

La Corte, nella sentenza *Sotgiu*⁴¹, ha pragmaticamente affermato che il principio di parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni "*palesi in base alla cittadinanza*" ("*overt discrimination*"), ma altresì "*qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato*"⁴² ("*covert discrimination*"), onde "(...) non è (...) escluso che i criteri basati sul luogo d'origine o sulla residenza di un lavoratore possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal trattato (...) "⁴³.

Analoga posizione – di impatto, se vogliamo, ancor più rilevante poiché in questo caso nazionalità e residenza tendono a coincidere con maggiore frequenza – viene presa in relazione agli enti diversi dalle persone fisiche: sin dalla sentenza *Avoir fiscal*⁴⁴ – la quale, come noto, è generalmente ricordata come la pri-

⁴⁰ *Avoir Fiscal*, § 23.

⁴¹ Causa C-152/1973.

⁴² *Sotgiu*, § 11.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Causa C-270/83.

ma pronuncia basata sull'applicazione delle libertà fondamentali in campo tributario – si statuisce che la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale delle società servono “(...) per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato”. Ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe quindi di contenuto questa disposizione”⁴⁵.

La sintesi di questi arresti giurisprudenziali è dunque che per le persone fisiche così come per quelle giuridiche, subordinare il trattamento nazionale ad una “condizione di residenza fiscale” può, in sostanza, costituire una forma di discriminazione dissimulata sulla base della nazionalità in quanto tale condizione, in via di fatto, finirà per pregiudicare principalmente soggetti aventi la nazionalità di altri Stati membri, posto che in base all'*id quod plerumque accidit* i soggetti non residenti hanno la nazionalità di un altro Stato.

La “*Sotgiu rule*”, alla quale la Corte si riferirà costantemente nella giurisprudenza successiva, è bene espressa in *Commerzbank*⁴⁶.

Il caso poneva una problematica analoga a quella affrontata in *Avoir fiscal*, nel senso che anche in questo lo Stato della fonte rifiutava di estendere alla stabile organizzazione di una società non residente un regime (consistente nel riconoscimento di un diritto ad un “rimborso supplementare” oltre agli interessi per il ritardato rimborso di imposte versate e non dovute) viceversa applicabile alle società residenti⁴⁷.

La Corte, espressamente richiamandosi alla giurisprudenza del caso *Sotgiu*⁴⁸ ha rilevato in proposito che sebbene tale regime “(...) si applichi a prescindere dalla sede delle società, il criterio che ricollega al domicilio fiscale nel territorio nazionale l'eventuale maggiorazione del rimborso delle imposte non dovute, rischia di danneggiare in particolare le società che hanno sede in altri Stati membri, poiché, nella maggior parte dei casi, saranno infatti queste ultime

⁴⁵ *Id.*, §18.

⁴⁶ Causa C-330/91.

⁴⁷ *Commerzbank*, § 6.

⁴⁸ Così il paragrafo 14: “Dalla giurisprudenza della Corte (sentenza 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*, Racc. p. 153) risulta inoltre che il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato”.

*ad avere il domicilio fiscale fuori dal territorio dello Stato membro di cui trattasi*⁴⁹.

Sebbene, dunque, la normativa dello Stato ospitante fosse priva di elementi discriminatori dal punto di vista dell'elemento della nazionalità, ciò, tuttavia, non impediva che la sua applicazione desse comunque luogo allo stesso risultato di una discriminazione sulla base della nazionalità; d'onde l'utilizzo della terminologia "discriminazione indiretta" tutte le volte in cui essa trovi la propria origine in un collegamento al territorio dello Stato diverso dalla nazionalità.

La discriminazione è, pertanto, "indiretta" tutte le volte in cui essa trovi la propria origine in un trattamento differenziato che – pur essendo riferito ad un collegamento al territorio dello Stato, diverso dalla nazionalità – determini non di meno una discriminazione equivalente a quella sulla base della nazionalità.

4.2. Residenti e non residenti non sono, di regola, comparabili

Quanto precede, tuttavia, non implica affatto che la Corte instauri una coincidenza assoluta tra nazionalità e residenza⁵⁰, sì che ogni qualvolta gli Stati diversifichino un trattamento tributario in ragione della residenza del contribuente ciò equivalga ad una diversificazione sulla base della nazionalità.

In realtà, se la Corte considera – correttamente – tutte le persone fisiche e giuridiche di *diversa nazionalità* come tra loro astrattamente comparabili e dunque non ammette mai che una distinzione basata sulla nazionalità si frapponga al pieno esercizio delle libertà fondamentali, lo stesso non è vero per le persone fisiche e giuridiche aventi una *diversa residenza*, le quali possono o non possono essere tra loro comparabili ai fini dell'applicazione di un determinato regime fiscale.

È sempre in *Avoir fiscal* che la Corte sottolinea questo aspetto fondamentale.

Dovendo verificare la legittimità del credito d'imposta sui dividendi francese – il quale non si rendeva applicabile ai dividendi ricevuti da stabili organizzazioni in Francia di società ivi non-residen-

⁴⁹ *Id.*, § 15.

⁵⁰ Come la dicotomia "discriminazione diretta" (perché basata sulla nazionalità) e "discriminazione indiretta" (perché basata sulla residenza) potrebbe indurre a far pensare.

ti (distinzione di regime fiscale imperniata dunque sulla residenza fiscale del contribuente), la Corte ha puntualizzato quanto segue:

“Anche se non si può escludere assolutamente che la distinzione a seconda della sede di una società oppure la distinzione a seconda della residenza di una persona fisica sia, in determinate circostanze, lecita in un campo come quello del diritto tributario, va detto nella fattispecie che le disposizioni fiscali francesi, per quanto riguarda la determinazione dell'imponibile ai fini dell'imposta sulle società, non distinguono affatto le società aventi la sede sociale in Francia dalle succursali e agenzie situate in Francia di società che abbiano sede all'estero”⁵¹.

I due baricentri di questo cruciale passaggio analitico sono, da un lato, il riconoscimento che nella materia tributaria residenti e non-residenti non sono *ex se* comparabili e, dall'altro, la verifica se nel caso concreto essi potevano non di meno ritenersi tali, nel qual caso il peggior trattamento riservato ai secondi avrebbe costituito – secondo la terminologia del caso *Sotgiu* – una “*covert discrimination*” (ossia una discriminazione indiretta).

Si dovrà aspettare la sentenza *Schumacker* – letta alla luce delle conclusioni dell'Avvocato generale Léger – per una esauriente analisi delle ragioni alla radice della regola generale di non comparabilità tra residenti e non residenti.

L'avvocato generale si è esplicitamente posto la seguente – fondamentale – domanda:

“Se la normativa tributaria di uno Stato membro possa, senza violare l'art. 48 del Trattato, assoggettare a imposta i redditi del non residente che lavora in questo Stato in misura maggiore rispetto al residente che svolge lo stesso lavoro”⁵².

L'Avvocato generale – onde dimostrare che residenti e non residenti non sono, come regola, tra loro comparabili e, quindi, un trattamento differenziato degli uni rispetto agli altri non costituisce di per sé una discriminazione – ha messo in evidenza il carattere:

(i) *personale* del legame tra uno Stato ed i suoi residenti:

“La ratio della distinzione tra residenti e non-residenti è chiara: scegliendo di risiedere in uno Stato, una persona si obbliga a contribuire alle spese della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici che questo Stato mette a sua disposizione. È quindi logico che questo Stato la tassi su tutti i suoi redditi in modo globale. È del pari questo Stato, in cui il contribuente ha stabilito il centro della sua

⁵¹ *Id.* §19.

⁵² Conclusioni Avvocato generale Léger nel caso *Schumacker*, § 34.

*vita familiare, che lo farà fruire di detrazioni e abbattimenti. Esiste un nesso personale tra il contribuente e lo Stato considerate*⁵³.

(ii) *reale* del legame che intercorre invece tra uno Stato e i non-residenti:

*“(...) lo Stato dell’occupazione assoggetta a imposta il non residente in maniera quasi oggettiva sui soli redditi realizzati nel suo territorio. Il contribuente non ha, in effetti, alcun altro legame con questo Stato se non l’attività economica che vi svolge”*⁵⁴.

D’onde la presa d’atto che il diritto tributario – ivi compreso il Modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE – tratta diversamente i residenti e non residenti in quanto essi *“(...) non sono oggettivamente nella stessa situazione”*⁵⁵.

La non-comparabilità di principio tra residenti e non-residenti fa sì che l’accertamento della compatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario sia diversa a seconda che tale normativa utilizzi la nazionalità oppure la residenza come criterio soggettivo per differenziare un determinato trattamento.

Infatti:

(i) se la legge di uno Stato membro riserva un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” al soggetto di *altra nazionalità*⁵⁶ che abbia ivi esercitato una libertà fondamentale (sotto forma dunque di *overt discrimination*), la relativa norma viola certamente il principio del “trattamento nazionale”, così come esemplarmente espresso al § 94 di *De Groot*.

(ii) se la legge di tale Stato riserva un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” al contribuente *non-residente* che abbia ivi esercitato una libertà fondamentale, ciò può costituire una violazione del principio del “trattamento” nazionale (sotto forma dunque di *“covert discrimination”*) solo se, rispetto a quello specifico trattamento, residenti e non residenti possono considerarsi comparabili⁵⁷.

⁵³ *Id.* § 36.

⁵⁴ *Id.*, § 37.

⁵⁵ *Id.*, § 38.

⁵⁶ Si tratta di una eventualità non facile a verificarsi perché occorrerebbe che la norma contenente la restrizione assumesse ad elemento della fattispecie la nazionalità del contribuente.

⁵⁷ È importante sottolineare il verbo “può”. Esso si ritrova opportunamente evidenziato nel paragrafo 27 della citata sentenza *Royal Bank of Scotland*: “*In materia di imposte dirette, la Corte ha ammesso, in cause relative alla tassazione dei redditi delle persone fisiche, che la situazione dei residenti e quella dei non residenti in uno Stato non sono di regola analoghe, in quanto presentano differenze oggettive per quanto attiene sia alla fonte dei redditi, sia*

La diversità delle situazioni indicate rispettivamente *sub* (i) e *sub* (ii) può essere messa bene in evidenza prendendo a riferimento due decisioni – *Matteucci* e *Saint Gobain ZN* – che abbiamo già sotto altro profilo esaminato.

Come si ricorderà in *Matteucci* il “trattamento nazionale”, così come integrato dal diritto internazionale, si applicava ai soggetti aventi la nazionalità dello Stato membro chiamato in causa; in *Saint Gobain ZN* esso si applicava, invece, ai soggetti residenti.

È per questo motivo che la Corte seguirà due diversi percorsi analitici per valutare la compatibilità delle misure sotto esame.

Ai paragrafi 47 e 48 della sentenza *Saint Gobain ZN* la Corte ha dovuto spiegare – così come aveva fatto nei precedenti casi *Avoir fiscal*, *Commerzbank* e *Royal Bank of Scotland*⁵⁸ – che, sebbene in generale residenti e non residenti⁵⁹ non siano comparabili, essi lo erano invece rispetto alle misure fiscali che venivano in rilievo nel caso di specie:

“(...) per quanto concerne l'imponibilità della riscossione in Germania di dividendi da partecipazioni in controllate e sub-controllate straniere e del possesso di tali partecipazioni, le società non residenti in Germania che ivi si servono di un centro di attività stabile e le società residenti in Germania si trovano in situazioni oggettivamente paragonabili. Infatti, da un lato, la riscossione di dividendi in Germania è ivi assoggettabile ad imposta, indipendentemente dal fatto che si tratti di una società residente o non residente, dal momento che quest'ultima li riscuote attraverso un centro di attività stabile situato in Germania. D'altro lato, il possesso di partecipazioni in società controllate e sub-controllate straniere in Germania è ivi imponibile, tanto se il possessore è una società residente quanto se è una società non residente, in quanto quest'ultima

alla capacità contributiva personale o ancora alla presa in considerazione della situazione personale e familiare (v. sentenza Schumacker, citata, punti 31-34; Wielockx, citata, punto 18, e Asscher, citata, punto 41). Tuttavia, essa ha precisato che in presenza di un vantaggio fiscale il cui godimento viene rifiutato ai non residenti, una disparità di trattamento tra queste due categorie di contribuenti può essere qualificata come una discriminazione ai sensi del Trattato quando non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare una disparità di trattamento su tale punto tra le due categorie di contribuenti (v. sentenze Schumacker, citata, punti 36-38, e Asscher, citata, punto 42)”.

⁵⁸ Causa C-311/97.

⁵⁹ Che nel caso in esame assumevano rispettivamente la forma della società residente nel territorio dello Stato e della società non residente ma con stabile organizzazione in quel medesimo Stato.

possiede tali partecipazioni in un centro di attività stabile situato in Germania”.

Inoltre, ha aggiunto la Corte, “(...) le situazioni delle società residenti e di quelle non residenti sono tanto più confrontabili in quanto, in realtà, la differenza di trattamento si verifica solo per quanto riguarda la concessione delle agevolazioni fiscali di cui trattasi, le quali consentono alle società residenti di detrarre dall’imposta sulle società l’importo versato come imposta estera sui dividendi da partecipazione in società straniera oppure di escludere i suddetti dividendi o partecipazioni dal loro reddito e dal loro patrimonio complessivi, i quali sono assoggettabili ad imposta in Germania”.

Ebbene, mentre in *Saint Gobain ZN* è stato dunque necessario verificare che il soggetto al quale si applicava il “trattamento nazionale” (il residente) e quello al quale non si applicava (il non residente che si era avvalso della libertà di stabilimento) erano comparabili, in *Matteucci* è stato invece sufficiente verificare l’avvenuto esercizio di una libertà fondamentale da parte del soggetto di altra nazionalità e la sua pertinenza rispetto al “trattamento nazionale” del quale si richiedeva l’estensione senza dover passare per una valutazione circa la comparabilità delle situazioni dei soggetti ammessi al “trattamento nazionale” (ossia quelli muniti della nazionalità dello Stato ospitante) e di quelli, come la sig.ra Matteucci, ad esso non ammessi (perché privi di tale nazionalità).

Ciò è avvenuto, vale forse la pena ripeterlo, perché a parità di esercizio di una data libertà fondamentale, mentre i soggetti comunitari *aventi* e quelli *non aventi la nazionalità* di un dato Stato sono sempre comparabili tra loro, quelli *residenti* e quelli *non-residenti* in quello stesso Stato possono esserlo come non esserlo e, dunque, è necessario uno specifico accertamento al riguardo.

Il riconoscimento di questa importante dicotomia (trattamenti nazionali basati sulla nazionalità e trattamenti nazionali basati sulla residenza) fa ritenere che le due sentenze appena commentate (*Matteucci* per quanto riguarda la prima tipologia di trattamento nazionale e *Saint Gobain ZN* per quanto attiene alla seconda) già contenevano gli elementi sulla cui scorta la Corte ha poi – seguendo una traiettoria coerente – risolto casi importanti e controversi quali in particolare *Open Skies*⁶⁰, il caso *D*⁶¹ ed *ACT IV GLO*.

Il primo caso ruotava, per quanto qui interessa, intorno ad un trattamento nazionale (derivante dalla conclusione di un trattato

⁶⁰ Causa C-476/98.

⁶¹ Causa C-376/03.

internazionale – non fiscale – tra uno Stato membro con un Stato extracomunitario) incentrato sulla nazionalità, mentre il secondo ed il terzo (derivante da convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra Stati membri) su trattamenti nazionali agganciati alla residenza.

Ebbene, mentre nel primo la Corte, una volta rilevato che il trattamento nazionale in questione non era accessibile ai soggetti comunitari di altra nazionalità che esercitavano il diritto di stabilimento nello Stato membro, ne ha subito sancito l'incompatibilità con il Trattato senza alcuna indagine in punto di comparabilità⁶², negli altri due la Corte si è, invece, preliminarmente concentrata sul problema se, agli effetti delle specifiche misure fiscali in gioco, residenti e non residenti potevano ritenersi tra loro comparabili⁶³.

Ma esaminiamo in modo più ravvicinato i casi in questione.

Il caso *Open Skies* – sorto in relazione ad una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione contro la Germania – è importante per una pluralità di ragioni; ed infatti vi si farà sovente riferimento.

L'infrazione era venuta in considerazione rispetto ad un accordo in materia di trasporto aereo stipulato tra il predetto Stato membro e gli Stati Uniti contenente una cosiddetta clausola sulla limitazione dei benefici (*Limitation of Benefits Clause* o "LOB") in forza della quale il riconoscimento (da parte degli USA) dei benefici previsti dall'accordo medesimo alle compagnie aeree tedesche designate dalle competenti autorità nazionali era subordinato alla circostanza che *"una quota rilevante della proprietà e il controllo effettivo"* delle medesime facesse capo alla stessa Germania, a suoi "cittadini" o a entrambi. Tale clausola consentiva, *"in particolare, agli Stati Uniti d'America di revocare, sospendere o limitare le licenze di esercizio o le autorizzazioni tecniche di una compagnia aerea designata dalla Repubblica federale di Germania ma di cui una quota rilevante della proprietà e l'effettivo controllo non [facevano] capo a tale Stato membro o a cittadini tedeschi"*⁶⁴.

La Corte ha innanzitutto richiamato il principio sancito in *Saint Gobain ZN* ricordando che:

"(...) il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro che abbia stipulato con un paese terzo una convenzione internazionale bilaterale per evitare la doppia imposizione di concedere ai centri di attività stabili di società aventi sede in un altro

⁶² *Open Skies*, § 153-156.

⁶³ *Caso D*, § 61; *ACT IV GLO*, § 91.

⁶⁴ *Open Skies*, § 150.

*Stato membro le agevolazioni previste dalla suddetta convenzione alle stesse condizioni praticate alle società con sede nello Stato membro contraente*⁶⁵.

Tale richiamo è servito alla Corte per ribadire che il principio, sancito in *Gottardo*, che vuole che il principio del “trattamento nazionale” si imponga non solo rispetto ai “trattamenti” che trovano la propria fonte nel diritto domestico, ma anche a quelli derivanti dal diritto internazionale (*id est*: le convenzioni internazionali).

Il parallelismo tra i due casi, tuttavia, si ferma qui: mentre, infatti, la disciplina al centro del caso *Saint Gobain ZN* selezionava i soggetti ammessi a beneficiare del trattamento nazionale (così come desumibile dalle convenzioni) in funzione della loro residenza, la clausola LOB al centro del caso *Open Skies* selezionava i soggetti ammessi a beneficiare del trattamento nazionale in funzione della loro nazionalità.

È questa differenza che giustifica l'immediatezza della conclusione tratta dalla Corte:

*“(...) non vi è alcun dubbio che le compagnie aeree stabilite nella Repubblica federale di Germania di cui una quota rilevante della proprietà e l'effettivo controllo facciano capo a uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania o a cittadini di un tale Stato membro (in prosieguo: le «compagnie aeree comunitarie») possono essere pregiudicate da tale clausola*⁶⁶.

Gli elementi dell'infrazione sono qui due:

(i) da un lato, vi è una norma che esclude da determinati benefici le imprese tedesche controllate in diritto od in fatto da soggetti di altra nazionalità (rispetto a quella tedesca);

(ii) dall'altro, vi è la libertà di stabilimento la quale “*implica (...) la costituzione e la gestione di imprese, e in particolare di società ai sensi dell'art. 58, secondo comma, del Trattato CE (divenuto art. 48, secondo comma, CE), alle condizioni definite dalla legislazione dello Stato membro di stabilimento nei confronti dei propri cittadini*”.

In sostanza, un soggetto comunitario di nazionalità diversa da quella tedesca che intendeva avvalersi della libertà di stabilimento in Germania ivi costituendo e gestendo un'impresa operante nel settore del trasporto aereo, anziché vedersi applicare il “trattamento nazionale” (“comprensivo” dei benefici previsti dall'accordo con gli Stati Uniti), sarebbe stato sottoposto a un trattamento peggiorativo (*id est*:

⁶⁵ *Id.*, § 149.

⁶⁶ *Id.*, § 151.

“non comprensivo” dei benefici previsti dall’accordo con gli Stati Uniti) rispetto a quello riservato ai soggetti di nazionalità tedesca.

Un’ultima notazione sul punto: sia da *Matteucci* che da *Open Skies* si comprende che gli Stati membri non sono tenuti a rendere i propri “trattamenti nazionali” indistintamente fruibili da parte di *tutti* i soggetti comunitari; ma solo da quelli che ne acquistano il diritto mediante l’esercizio di una libertà. In altre parole, il Belgio non era tenuto a estendere i benefici scaturenti dall’accordo con la Germania costituente materia controversa nel caso *Matteucci* a tutti i cittadini comunitari; ma solo a quelli che, come la sig.ra Matteucci, ne avevano acquistato il diritto attraverso l’esercizio – in Belgio – di una libertà di circolazione (in quel caso circolazione dei lavoratori)⁶⁷.

Lo stesso vale per la Germania in *Open Skies*: la censura formulata dalla Corte non riguardava la circostanza che la Germania non aveva esteso i benefici derivanti dall’accordo con gli Stati Uniti a tutti i soggetti aventi la nazionalità di uno Stato comunitario; ma perché essa li aveva espressamente negati solo a quelli che ne avevano acquistato il diritto via l’esercizio – in Germania – di una libertà di circolazione (in quel caso di stabilimento mediante l’investimento nel capitale di una società di nazionalità tedesca).

Ebbene, se ora ci soffermiamo sul caso *D* e su *ACT GLO IV* abbiamo un’ulteriore chiara riprova della “specialità” del ragionamento della Corte quando la normativa in contestazione ha natura fiscale.

Il primo caso sorgeva in merito alla richiesta di un contribuente residente in Germania – il 10% del cui patrimonio era costituito da beni immobili situati nei Paesi Bassi, mentre il resto si trovava in Germania⁶⁸ – di essere assoggettato all’imposta patrimoniale nei suddetti Paesi Bassi beneficiando dell’abbattimento previsto per i contribuenti residenti⁶⁹.

Tale richiesta veniva formulata facendo valere, da un lato, la supposta incompatibilità (rispetto alla libertà di circolazione dei capitali) del diverso trattamento riservato a residenti e non-residenti rispetto alla misura dell’imposta patrimoniale; dall’altro, il fatto che i

⁶⁷ Detto in altre parole, se la sig.ra Annunziata Matteucci non avesse acquistato la qualifica di “lavoratrice” in Belgio (acquisto che ha implicato l’esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori) essa non avrebbe avuto diritto a beneficiare del “trattamento nazionale” belga e, segnatamente, partecipare al programma di scambio culturale con l’Austria.

⁶⁸ Caso *D*, §15.

⁶⁹ *Id.*, §16.

Paesi Bassi, in forza di una convenzione bilaterale, riconoscevano ai residenti in Belgio (ove, come in Germania, non era prevista un'imposta patrimoniale) il diritto a detto abbattimento⁷⁰.

La Corte ha respinto entrambi gli argomenti muovendo dalla "regola" (pur suscettibile di eccezioni) della non-comparabilità di residenti e non residenti.

Per quanto riguarda il primo argomento, la Corte ha evidenziato che – rispetto alla finalità dell'abbattimento previsto dalla normativa olandese consistente nel *"garantire che almeno una parte del patrimonio complessivo del soggetto passivo interessato sia esente dall'imposta patrimoniale"*⁷¹ – un contribuente non residente avente solo il 10% del proprio patrimonio nei Paesi Bassi non poteva essere ritenuto comparabile con un contribuente residente⁷². È, dunque, vero che il contribuente non residente aveva esercitato una libertà fondamentale nello Stato ospitante, ma ciò – come dimostra questa sentenza – non è sufficiente a far diventare tale contribuente comparabile ad un contribuente residente e, quindi, a far scattare gli obblighi derivanti dal principio del "trattamento nazionale".

⁷⁰ *Id.*, § 17 e 19.

⁷¹ Si deve al riguardo tenere conto che, mentre i soggetti residenti nei Paesi Bassi erano soggetti all'imposta patrimoniale sui propri beni ovunque situati, quelli non residenti vi erano soggetti solamente in relazione ai beni situati nei Paesi Bassi stessi.

⁷² La sentenza utilizza il bagaglio analitico sviluppato nel caso *Schumacker* e nei successivi casi *Wallentin* e *Gschwind* (su cui vedi il paragrafo 5.4.2, capitolo V). Si noti che la Corte non ha escluso in principio la comparabilità tra residente e non residente, ma avuto riguardo allo "scopo" dell'agevolazione fiscale. Come segue (Caso D § 36, 37 e 38): – *"Si deve constatare che tale abbattimento – il cui scopo consiste nel garantire che almeno una parte del patrimonio complessivo del soggetto passivo interessato sia esente dall'imposta patrimoniale – svolge pienamente il suo ruolo soltanto se l'imposizione ha ad oggetto l'intero patrimonio dell'interessato. Di conseguenza, i non residenti che sono soggetti ad imposta in detto altro Stato membro soltanto per una parte del loro patrimonio non sono in genere legittimati a beneficiare del detto abbattimento. Come in materia d'imposta sul reddito, occorre quindi considerare, per quanto riguarda l'imposta patrimoniale, che la situazione del non residente è diversa da quella del residente, in quanto non soltanto la maggior parte dei redditi, ma anche la maggior parte del patrimonio di quest'ultimo sono di regola centralizzati nello Stato in cui risiede. Di conseguenza, detto Stato membro si trova nella migliore situazione per tener conto della capacità contributiva complessiva del residente applicandogli, se del caso, gli abbattimenti previsti dalla sua legislazione. Ne consegue che un contribuente che detiene soltanto una parte non essenziale del suo patrimonio in uno Stato membro diverso dallo Stato in cui risiede non è, di regola, in una situazione analoga a quella dei residenti in detto altro Stato membro e che il rifiuto delle autorità interessate di accordargli l'abbattimento di cui beneficiano questi ultimi non costituisce una discriminazione nei suoi confronti"*.

Il secondo argomento, che qui ci interessa più da vicino, ha posto la Corte dinanzi al tema della possibile rilevanza in sede d'integrazione negativa del c.d. principio della *Most Favoured Nation* ("MFN") o della "*Clausola della Nazione più favorita*" ("CNPF"); ovvero, della sussistenza di un obbligo di ciascuno Stato membro di garantire agli altri Stati membri un trattamento non inferiore allo *standard* riconosciuto alla "nazione più favorita".

Nel caso *D*, in particolare, il contribuente lamentava che i Paesi Bassi avrebbero dovuto garantire alla Germania (e quindi ai suoi residenti) lo stesso trattamento (quanto all'applicabilità dell'abbattimento dell'imposta patrimoniale) che essi riconoscevano al Belgio (costituente, in questo contesto, la "nazione più favorita")⁷³.

La Corte ha osservato che per predicare l'esistenza per lo Stato A (i Paesi Bassi) di un obbligo di estendere ai contribuenti residenti nello Stato B (la Germania) il trattamento fiscale previsto per i residenti nello Stato C (il Belgio), occorrerebbe prima dimostrare che gli uni e gli altri si trovano in una situazione analoga e che, dunque, sono comparabili.

In sostanza, nel caso *D* viene in considerazione un contribuente non residente che è riconosciuto non comparabile:

(i) ai contribuenti residenti (in quanto, pur essendosi avvalso della libera circolazione dei capitali investendo nei Paesi Bassi, esso non si era venuto a trovare – rispetto allo scopo dell'abbattimento – in una situazione analoga a quella dei residenti stessi);

(ii) ai contribuenti residenti in un terzo Stato membro al quale, attraverso una convenzione internazionale, era stato esteso il trattamento riservato ai residenti (in quanto non si era avvalso di alcuna libertà fondamentale in tale ultimo Stato⁷⁴).

⁷³ Questa problematica, pur essendo rimasta sullo sfondo in quanto assorbita dagli altri temi posti all'attenzione della Corte, si presentava astrattamente anche in *Saint Gobain* (dove la Germania aveva garantito a Stati extracomunitari – Stati Uniti e Svizzera – trattamenti fiscali più vantaggiosi di quelli riconosciuti nelle convenzioni con altri Stati membri) e in *Open Skies* (dove sempre la Germania aveva garantito – sempre – agli Stati Uniti trattamenti preferenziali *vis a vis* altri Stati membri). La particolarità, in questi due casi, era tra l'altro e come appena detto data dalla circostanza che le due "Nazioni più favorite" non appartenevano all'Unione europea.

⁷⁴ Così il paragrafo 61: "*Il fatto che detti diritti e obblighi reciproci* (derivanti dalla Convenzione contro le doppie imposizioni tra Paesi Bassi e Belgio, n.d.r.) *si applichino soltanto a persone residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza insita nelle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione. Ne consegue che un soggetto passivo residente in Belgio non si trova nella stessa situazione di un soggetto passivo residente al di fuori del*

L'assenza di comparabilità sotto il profilo indicato *sub* (ii) costituisce il presupposto sul quale la Corte ha preso un'importante posizione in merito alla non operatività del principio della "nazione più favorita" in ambito fiscale e la natura "fisiologica" (*id est*: non incompatibile con le libertà fondamentali) delle distorsioni arrecate dalla circostanza che – in assenza di regole armonizzate in materia di metodi per l'eliminazione della doppia imposizione internazionale all'interno dell'Unione – gli Stati membri disciplinano la ripartizione dei rispettivi poteri impositivi in maniera di volta in volta diversificata⁷⁵.

In effetti, la circostanza che un dato trattamento fiscale trovi la propria fonte in norme "interne" oppure "internazionali" è irrilevante agli effetti del rispetto del principio del "trattamento nazionale": tale trattamento deve o non deve essere esteso ai contribuenti non residenti sempre in ragione della circostanza che costoro, rispettivamente siano o non siano comparabili – rispetto allo scopo del trattamento fiscale stesso – ai contribuenti residenti. Pertanto, ed in conclusione, se uno Stato membro (A) riconosce – in forza di una convenzione contro le doppie imposizioni – ai contribuenti residenti in uno Stato membro (B) un determinato trattamento fiscale, esso non può dirsi obbligato ad estendere tale trattamento ai residenti di altri Stati membri (C), (D), (E) ecc. in quanto costoro non risultano comparabili ai contribuenti residenti nel predetto Stato membro (B).

Veniamo adesso al caso *ACT IV GLO*. Esso affonda le proprie radici negli esiti del giudizio reso in *Metallgesellschaft*⁷⁶, dove la Corte aveva dichiarato contraria al diritto di stabilimento la

Belgio per quanto concerne l'imposta patrimoniale calcolata sulla base di beni immobili situati nei Paesi Bassi" In altre parole, la Corte chiarisce che il signor D. non poteva pretendere di essere trattato come se fosse stato un contribuente residente in Belgio (nel qual caso avrebbe potuto beneficiare della convenzione tra Paesi Bassi e Belgio) non essendo costui comparabile ad esso.

⁷⁵ Al § 56 la Corte spiega le ragioni per le quali nel caso *Saint Gobain* essa era giunta a conclusioni diverse, ed ossia che il trattamento previsto nella convenzione internazionale tra lo Stato A (la Germania) e lo Stato B (gli Stati Uniti o la Svizzera) doveva essere esteso al contribuente residente nello Stato C (la Francia). La ragione è presto detta: mentre nel caso *D* il contribuente non aveva (come non residente) conseguito la "comparabilità" né nei Paesi Bassi né in Belgio e, dunque, non poteva invocare il trattamento nazionale applicabile ai residenti in siffatti Stati membri, nel caso *Saint Gobain* il contribuente aveva (sempre come non residente) conseguito la comparabilità in Germania mediante la costituzione, ivi, di una stabile organizzazione.

⁷⁶ Causa C-410/98.

normativa fiscale del Regno Unito laddove accordava alle società ivi residenti la possibilità di pagare i dividendi alle loro capogruppo residenti senza essere tenute al pagamento anticipato dell’*“Advanced Corporation Tax”* (“ACT”)⁷⁷ ma negava loro tale

⁷⁷ Dal 1973 il Regno Unito ha cominciato ad applicare un sistema d'imposizione detto di “imputazione parziale”, secondo cui, per evitare la doppia imposizione, qualora una società residente distribuiva utili, una parte dell'imposta pagata da tale società veniva imputata ai suoi azionisti. Fino al 6 aprile 1999 tale sistema si basava, da una parte, sul pagamento anticipato dell'imposta sulle società da parte della società distributrice e, dall'altra, su un credito d'imposta concesso agli azionisti beneficiari di una distribuzione di dividendi. Nella sua versione applicabile all'epoca dei fatti di causa, l'Income and Corporation Taxes Act 1988 stabiliva che una società residente nel Regno Unito che distribuiva dividendi ai suoi azionisti doveva provvedere al versamento anticipato della ACT (*“Advanced Corporation Tax”*), calcolata sull'importo o sul valore della distribuzione effettuata. La ACT versata da una società in relazione ad una distribuzione realizzata nel corso di un dato esercizio contabile poteva essere scomputata dall'importo di cui essa era debitrice a titolo di MTC (*“Mainstream Corporation Tax”*) per tale esercizio, entro un certo limite. Se il debito fiscale di una società a titolo dell'imposta sulle società era insufficiente per permettere l'imputazione integrale dell'ACT, l'eccedenza di ACT poteva essere trasferita su un esercizio precedente o successivo o alle controllate di tale società che potevano imputarlo sull'importo di cui loro stesse risultavano debentrici a titolo dell'imposta sulle società. La normativa prevedeva poi, da un lato, che le società controllate a cui l'ACT in eccesso poteva essere trasferita dovevano necessariamente essere residenti nel Regno Unito e, dall'altro, che i gruppi di società – purché residenti nel Regno Unito – potevano anche optare per il regime dell'imposizione consolidato in forza del quale le società appartenenti a tale gruppo potevano rinviare il pagamento dell'ACT fino a che la società capogruppo non procedesse ad una distribuzione di dividendi. Il caso *Metallgesellschaft* ha riguardato questa seconda previsione. La Corte, per giungere alla decisione di incompatibilità ha rilevato quanto segue (cfr. i paragrafi 43 e 44): *“La normativa di cui alla causa principale introduce, per quanto concerne la facoltà di optare per il regime di tassazione degli utili a livello di gruppo, una disparità di trattamento tra le controllate con sede nel Regno Unito, a seconda che la loro società capogruppo abbia sede o meno nel Regno Unito”. Infatti, le società controllate con sede nel Regno Unito di società capogruppo ivi stabilite possono beneficiare, a determinate condizioni, del regime della tassazione degli utili a livello di gruppo ed essere quindi dispensate dall'obbligo di pagare l'ACT quando distribuiscono dividendi alle loro società capogruppo. Tale vantaggio, al contrario, è negato alle controllate con sede nel Regno Unito di società che non abbiano ivi sede, che sono pertanto sempre soggette all'obbligo di pagare l'ACT quando versano dividendi alle loro società capogruppo. È pacifico che, in questo modo, la controllata di una società capogruppo con sede nel Regno Unito dispone di un vantaggio a livello di liquidità, in quanto essa conserva, fino alla scadenza dei termini per il versamento della MCT, le somme che dovrebbe altrimenti versare come ACT, cioè per un periodo che va da un minimo di 8 mesi e mezzo a un massimo di 17 mesi e mezzo, a seconda della data di distribuzione, e, quando la MCT non è dovuta per un determinato esercizio contabile, persino per un periodo più*

possibilità quando la loro capogruppo aveva, invece, sede in un altro Stato membro⁷⁸.

In *ACT GLO IV* la questione dell'“ACT” veniva riproposta da ulteriori angolature⁷⁹; tra le altre, vi era quella della legittimità della clausola “LOB” contenuta nella convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Regno Unito e Paesi Bassi.

In forza di tale convenzione, il Regno Unito riconosceva, a certe condizioni, alle società capogruppo residenti nei Paesi Bassi un credito d'imposta in relazione alla “ACT” versata dalla controllata residente (nel Regno Unito) in sede di distribuzione di dividendi alla predetta capogruppo. Tuttavia, in forza della clausola “LOB” prevista dalla convenzione, tale beneficio veniva negato qualora la società azionista non residente si trovasse essa stessa sotto il controllo di una società stabilita in uno Stato con cui il Regno Unito non aveva concluso una convenzione che concedesse un credito d'imposta per i dividendi ricevuti da una società residente nel Regno Unito⁸⁰; da qui la evidenziazione da parte del giudice nazionale se sia possibile “(...) *che uno Stato membro applichi una disposizione di una convenzione contro le doppie imposizioni, detta di «limitazione dei benefici», in forza della quale esso non concede alcun credito d'imposta ad una società residente nell'altro Stato membro contraente se quest'ultima è controllata da una società residente in un terzo Stato con cui il primo Stato membro ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni che, al momento di una distribuzione di dividendi, non prevede alcun credito d'imposta per la società beneficiaria residente nel terzo Stato (...)*”⁸¹.

Ebbene, non è difficile cogliere il parallelismo tra la problematica sollevata nel caso ora in esame, sia con quella di cui al caso *Open Skies* (sotto il profilo della clausola “LOB”) sia con quella di cui al caso *D* (sotto il profilo della questione della clausola “MFN”): in entrambi i casi si è posta la questione se sia discriminatorio che un trattato internazionale concluso da uno Stato membro (il Regno Unito in questa fattispecie) con un altro Stato (appartenente a meno all'Unione) preveda un trattamento fiscale per le società residenti

lungo, poiché l'ACT può essere imputata all'imposta sulle società dovuta per gli esercizi contabili successivi”.

⁷⁸ *Metallgesellschaft*, § 23.

⁷⁹ Sulle quali vedi anche il paragrafo .

⁸⁰ *ACT IV GLO*, § 14-20.

⁸¹ *Id.*, § 76.

dei detti Stati membri, mentre i trattati conclusi dal medesimo Stato membro con altri Stati membri non ne prevedono⁸².

Non è causale, però, che la Corte, per rispondere al quesito postole, si sia richiamata solo al paragrafo 61 del precedente caso *D* e non ad *Open Skies*, puntualizzando che “(...) una società residente in uno Stato membro che ha concluso con il Regno Unito una convenzione contro le doppie imposizioni che non prevede un credito d'imposta non si trova nella stessa situazione di una società residente in uno Stato membro che ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni che lo prevede (v., in tal senso, sentenza *D*., cit, punto 61)”⁸³; in *Open Skies*, infatti e come noto, essa aveva invece statuito che “(...) le compagnie aeree comunitarie possono sempre essere escluse dall'applicazione dell'accordo di trasporto aereo stipulato tra la Repubblica federale di Germania e gli Stati Uniti d'America, laddove le compagnie aeree tedesche beneficiano di tale applicazione. Di conseguenza, le compagnie aeree comunitarie subiscono una discriminazione che impedisce loro di beneficiare del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, vale a dire la Repubblica federale di Germania”⁸⁴.

È vero, allora, che in entrambe le situazioni vi erano dei trattati internazionali che – per effetto della clausola “LOB” in essi inserita – “discriminavano” a seconda della circostanza che il controllo delle società stabilite nel Regno Unito (*ACT IV GLO*) o in Germania (*Open Skies*) fosse o meno ascrivibile a soggetti anch'essi stabiliti in tali Stati (d'onde la sussistenza in entrambi i casi di un elemento protezionistico); ma la limitazione dei benefici:

(i) nel caso *ACT IV GLO* avveniva quando tali società erano sottoposte al controllo di soggetti *non residenti* (clausola “LOB” basata sulla residenza);

(ii) mentre nel caso *Open Skies* avveniva quando il controllo era esercitato da soggetti di altra nazionalità (clausola “LOB” basata sulla nazionalità).

Tale fondamentale diversità spiega il differente esito dei due giudizi.

Mentre, come già visto, la clausola “LOB” in *Open Skies* è stata ritenuta dalla Corte contraria al diritto di stabilimento, in *ACT IV GLO* essa è giunta alla conclusione opposta osservando come la circostanza che i benefici previsti dalla convenzione si “(...) applichino

⁸² In questo senso il vedi il successivo § 82.

⁸³ *ACT IV GLO*, § 91.

⁸⁴ *Open Skies*, § 153.

soltanto a soggetti residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza inerente alle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione".

In sostanza, dalla lettura in parallelo di *Open Skies* e *ACT IV GLO*, si può desumere il seguente principio: poiché residenti e non-residenti non sono, come regola, comparabili, per stabilire se il diverso trattamento degli uni e degli altri ammonti a una discriminazione vietata occorre preliminarmente accertare che essi si trovino in una "*situazione obbiettivamente analoga*", ovvero siano comparabili; accertamento che, invece, non è necessario quando il diverso trattamento dipende dalla diversa nazionalità dei soggetti ai quali rispettivamente esso si applica e non si applica.

Per questa ragione, se un dato "trattamento nazionale" dello Stato ospitante discrimina in base alla nazionalità, *tutti* i cittadini comunitari possono accedervi sol che si avvalgano della pertinente libertà fondamentale; se, invece, tale "trattamento nazionale" discrimina in base alla residenza (come sempre avviene in materia fiscale), i cittadini non-residenti possono accedervi *solo* se, sempre avvalendosi della pertinente libertà fondamentale, essi riescono a varcare la relativa "via d'accesso", ossia solo se essi dimostrino la loro comparabilità con i residenti di quello Stato.

4.3. Criteri di distinzione diversi dalla residenza fiscale

Il diverso trattamento del residente e del non residente – sebbene indubbiamente il più comune – costituisce solo uno dei modi attraverso i quali si può attuare un'indiretta discriminazione sulla base della nazionalità in materia tributaria.

Ad esempio, nel caso *Bachmann*⁸⁵ veniva in gioco un "trattamento nazionale" che non si applicava in funzione della residenza del contribuente, ma di un altro fattore altrettanto idoneo secondo l'apprezzamento della Corte a determinare una discriminazione sulla base della cittadinanza: ad un cittadino tedesco che lavorava in Belgio veniva negato da tale Stato il "trattamento nazionale" consistente nella deducibilità dal reddito ivi prodotto dei premi assicurativi da esso corrisposti per ciò che detti premi non erano stati versati a imprese residenti in tale Stato.

Al riguardo, la Corte ha osservato "*(...) che i lavoratori che hanno esercitato un'attività professionale in uno Stato membro e che successivamente s'impiegano in un altro Stato membro o sono*

⁸⁵ Causa C-204/90.

quivi alla ricerca di un impiego hanno, di regola, concluso i loro contratti d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte o contro la malattia e l'invalidità con assicuratori stabiliti nel primo Stato. Ne consegue pertanto che le disposizioni in esame rischiano di essere sfavorevoli in modo particolare a questi lavoratori, che, di solito, sono cittadini d'altri Stati membri"⁸⁶.

La discriminazione indiretta in questa fattispecie non ruotava dunque direttamente intorno alla residenza del contribuente ma al luogo dove veniva reso un certo servizio o alla residenza del prestatore del servizio medesimo (ed infatti, il "trattamento nazionale" del caso *Bachmann* limitava non solo l'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori di altra nazionalità ma anche la libertà di prestazione di servizi delle imprese di altra nazionalità le cui polizze – per effetto della indeducibilità dei propri premi – risultavano meno convenienti di quelle offerte dalle imprese belghe)⁸⁷.

Un altro caso nel quale la discriminazione sulla base della nazionalità è emersa indirettamente da un trattamento diversificato basato su criteri ulteriori rispetto a quello – più ricorrente – della residenza fiscale, può essere ad esempio *Ritter Coulais*⁸⁸.

Qui la Germania trattava diversamente il "reddito negativo" (ossia la "perdita" del reddito immobiliare derivante dall'utilizzo del cespite da parte del suo proprietario⁸⁹) scaturente da immobili situati nel suo territorio da quelli situati in altri Stati membri (il primo veniva computato ai fini della determinazione dell'aliquota progressiva applicabile agli altri redditi posseduti – c.d. *exemption with progression* –, mentre il secondo no)⁹⁰.

La Corte ha puntualizzato al riguardo che sebbene "(...) la normativa nazionale in esame non riguarda direttamente i non residenti, questi ultimi sono, più spesso dei residenti, proprietari di una casa situata fuori del territorio tedesco"⁹¹.

"Ne discende – ha dunque concluso la Corte – che il trattamento riservato dalla normativa nazionale ai lavoratori non residenti è meno vantaggioso rispetto a quello di cui beneficiano i lavoratori che risiedono in Germania nella propria casa"⁹².

⁸⁶ *Bachmann*, § 9.

⁸⁷ *Id.*, § 31-33.

⁸⁸ Causa C-152/03.

⁸⁹ *Ritter-Coulais*, § 4.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Id.*, 35.

⁹² *Id.*, 36.

In sostanza, sebbene la norma interna operasse apparentemente in modo imparziale (*“even-handed”*) rispetto ai criteri della cittadinanza e della residenza del contribuente⁹³, la Corte ha instaurato un rapporto di coincidenza tra *“proprietari di immobili situati fuori dal territorio tedesco”* e *“contribuenti non residenti”*; di tal che un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” dei primi finisce per risultare equivalente ad un trattamento meno favorevole del “trattamento nazionale” dei secondi e, dunque ed in ultima analisi, ad una discriminazione indiretta.

5. Il principio del “trattamento nazionale” nella dimensione dello Stato ospitante e dello Stato d’origine

Nel secondo e nel terzo punto della definizione del principio del “trattamento nazionale” ricavata dalla sentenza *De Groot* la Corte ha indicato che esso deve essere garantito, rispettivamente, in due prospettive aventi un comune punto di partenza, ovvero l’esercizio di una libertà fondamentale da parte di un soggetto comunitario (fatta salva la più ampia estensione della libertà di circolazione dei capitali).

Nella prospettiva dello Stato ospitante, abbiamo un soggetto comunitario avente la nazionalità di un altro Stato membro che – avvalendosi di una libertà fondamentale – “migra” compiendo un’azione che impatta sull’ordinamento giuridico dello stesso Stato ospitante.

Nella prospettiva dello Stato d’origine abbiamo un soggetto avente la nazionalità di quello stesso Stato che – avvalendosi di una libertà fondamentale – “migra” compiendo un’azione che impatta sull’ordinamento giuridico di quello stesso Stato membro.

Ecco allora, che emergono le due dimensioni – *“host”* e *“origin”* – del principio del “trattamento nazionale” che debbono, poi, essere declinate in funzione delle singole libertà fondamentali: nella prospettiva *“host”*, lo Stato membro ha l’obbligo di applicare al non residente che, avvalendosi di una libertà fondamentale, sia divenuto comparabile al residente, un trattamento non meno favorevole del “trattamento nazionale”; nella prospettiva *“origin”* lo Stato membro ha l’obbligo di applicare al residente che si avvalga di una libertà

⁹³ È vero, infatti, che il diverso trattamento riservato al “reddito negativo” prodotto da un immobile a seconda che esso fosse situato in Germania o in un altro Stato della Comunità poteva ricadere anche sui contribuenti aventi la nazionalità e la residenza in Germania.

fondamentale un trattamento non meno favorevole del “trattamento nazionale” – ovvero del trattamento applicato al residente che compia la stessa azione (o una azione comparabile) senza bisogno di avvalersi di una libertà fondamentale.

5.1. La dimensione “*host*”

5.1.1. Discriminazione indiretta

La “dimensione” nella quale il principio del “trattamento nazionale” ha trovato la sua prima applicazione in campo fiscale è stata quella dello Stato ospitante nello storico caso *Avoir fiscal*.

Il “trattamento nazionale” controverso consisteva in un credito d'imposta (l’“*avoir fiscal*”, appunto) volto ad eliminare la doppia imposizione economica sugli utili societari (una prima volta “nelle mani” della società ed una seconda in quelle del socio all'atto della distribuzione del dividendo)⁹⁴.

La Corte, dunque, ha essenzialmente notato che:

(i) il beneficio fiscale in questione, essendo riservato alle società residenti, non veniva accordato alle società non residenti che pur avevano costituito una stabile organizzazione in Francia⁹⁵;

(ii) la costituzione di una stabile organizzazione costituisce una modalità di esercizio di una libertà fondamentale (il diritto di stabilimento in particolare) nel territorio di uno Stato da parte di una società non residente⁹⁶;

(iii) fatto salvo per quanto attiene al mancato riconoscimento del credito d'imposta sui dividendi, le società non residenti aventi una stabile organizzazione in Francia erano trattate – per quanto attiene ai redditi ivi prodotti – allo stesso modo delle società residenti, onde le une e le altre erano comparabili. Invero, “(...) *trattando in modo identico le due forme di stabilimento sotto il profilo della tassazione dei profitti realizzati, il legislatore francese infatti ha ammesso che non vi è fra le due categorie, per quel che riguarda le modalità ed i presupposti di detto tributo, alcuna obiettiva differenza di situazione che possa giustificare la differenza di trattamento*”⁹⁷;

(iv) ne consegue che la disciplina in esame “*non può, senza creare una discriminazione, trattarle diversamente, ai fini dello*

⁹⁴ *Avoir fiscal*, § 3.

⁹⁵ *Id.*, § 6.

⁹⁶ *Id.*, § 13-14.

⁹⁷ *Id.* § 20.

*stesso tributo, per quel che riguarda un vantaggio ad esso connesso, come il credito fiscale*⁹⁸.

Questa ormai risalente pronuncia resta fondamentale perché evidenzia il contenuto dell'obbligazione posta dalle libertà fondamentali nell'area della tassazione diretta, ritenuta sino ad allora sotto il controllo degli Stati: ovvero garantire il "trattamento nazionale"⁹⁹ (od un trattamento non meno favorevole) ai residenti di altri Stati membri (o anche di Stati terzi laddove venga in gioco la libera circolazione dei capitali) che – nell'esercizio di una libertà fondamentale – abbiamo "migrato" nello Stato in questione venendosi a trovare – rispetto a quello specifico "trattamento nazionale" – in una situazione comparabile a quella dei cittadini ivi residenti.

Tale paradigma analitico – applicato per la prima volta in *Avoir fiscal* – è stato poi fedelmente replicato nei giudizi successivi riguardanti, sia lo stesso diritto di stabilimento, che le altre libertà fondamentali. Invero, ciò che accomuna tutti i casi "*host*" è lo schema con il quale essi si presentano invariabilmente all'esame della Corte: un soggetto non residente (o la Commissione) lamenta che uno Stato membro applica ai residenti un trattamento fiscale (il "trattamento nazionale") diverso e più favorevole di quello riservato ai non residenti.

5.1.2. Oltre" il principio del "trattamento nazionale": le "restrizioni assolute" nella dimensione dello Stato ospitante

Sempre in *Avoir fiscal*, la Corte, rispettando l'impostazione seguita dalla Commissione nel procedimento d'infrazione dal quale è poi scaturito il giudizio, ha fatto precedere l'analisi del merito del caso da questa significativa premessa:

*"È chiaro dunque che i due mezzi dedotti dalla Commissione, cioè la discriminazione, da parte delle leggi francesi, delle succursali ed agenzie di imprese assicuratrici stabilite in altri Stati membri, rispetto a quelle società stabilite in Francia, e la restrizione della libertà di stabilimento nella forma di succursale ed agenzia nei confronti delle imprese assicuratrici straniere, sono strettamente connessi, devono quindi essere esaminati congiuntamente"*¹⁰⁰.

⁹⁸ *Id.* § 20.

⁹⁹ Ovvero, come specificato poco sopra nel testo, il trattamento fiscale applicato dallo Stato membro in questione ai propri residenti sulla base di disposizioni domestiche oppure di convenzioni sulla doppia imposizione stipulate con altri Stati membri o paesi terzi.

¹⁰⁰ *Avoir fiscal*, § 15.

Il trattamento fiscale riservato alle stabili organizzazioni di società non residenti entrava dunque in frizione con il Trattato sotto due profili¹⁰¹, il primo dei quali abbiamo esaminato al paragrafo precedente:

(i) quello della discriminazione indiretta sulla base della nazionalità,

(ii) e quello della restrizione all'esercizio di una libertà fondamentale (il diritto di stabilimento in quel caso).

Pur avendo poi affrontato i due aspetti congiuntamente è importante notare che già da questa prima pronuncia la Corte era preparata a verificare il rispetto del Trattato dall'angolo visuale:

- del rispetto del principio del "trattamento nazionale", la cui violazione nella dimensione "*host*" da luogo ad una discriminazione indiretta sulla base della nazionalità;
- e dell'ostacolo che il regime in questione – comunque – poneva al godimento del diritto di stabilimento da parte di una società con sede in un altro Stato membro.

In altre parole, poiché nel caso *Avoir fiscal* – così come nella maggioranza dei casi "*host*" – la restrizione al diritto di stabilimento della società non residente e la sua discriminazione trovavano origine nella stessa causa – ossia il diverso e peggiorativo trattamento delle seconde rispetto alle prime –, lo spazio logico tra i due concetti si è nella sostanza annullato; tanto che, come si è appena visto, la Corte li ha trattati congiuntamente.

Ciò, tuttavia, non significa che quello spazio non sussista e che già allora la Corte non ne fosse consapevole.

Questa precisazione è necessaria perché nella quasi totalità dei casi "*host*" la Corte ha di fatto valutato (positivamente o negativamente) la legislazione degli Stati membri esclusivamente sotto il profilo del rispetto del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità giungendo molto raramente all'ulteriore livello di analisi riguardante la sussistenza di una restrizione – non discriminatoria – all'esercizio di una libertà fondamentale.

Questo ha assecondato la convinzione che il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità – e più in generale il principio del "trattamento nazionale" – svolga un ruolo totalizzante nella verifica del rispetto delle libertà fondamentali¹⁰².

¹⁰¹ *Id.* §12 e § 15.

¹⁰² Si veda, ad esempio, il parere dell'Avvocato generale Tesauro nella Causa C-288/89 *Collective Antennevoorziening Gouda* dove, al § 13, afferma che in tema di diritto di stabilimento il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità gioca un ruolo "*assoluto e conclusivo*".

In realtà, il “monopolio” della valutazione sulla discriminazione nelle decisioni della Corte è un fenomeno ben circoscritto nel tempo, dovuto in larga parte al fatto che i primi dodici anni di giurisprudenza tributaria hanno riguardato esclusivamente casi nei quali gli Stati membri si sono trovati in una posizione “*host*”¹⁰³ e che, dunque, per definizione hanno innanzitutto posto un problema di discriminazione¹⁰⁴.

Si deve qui ricordare che già nel 1974 la giurisprudenza comunitaria aveva fornito una interpretazione estremamente lata della libertà di circolazione delle merci e del divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni ed alle importazioni nonché delle misure aventi effetto equivalente (artt. 28 e 29 del Trattato UE e artt 34 e 35 del TFUE).

In *Dassonville* si sono gettate le basi del riconoscimento di uno spazio logico di autonomia tra i concetti di restrizione e discriminazione – nel senso che tutte le discriminazioni costituiscono restrizioni ma non è vero il contrario – affermando il principio secondo il quale ogni normativa commerciale degli Stati membri “(...) *che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative*”¹⁰⁵.

Non sfugge come l'obiettivo al quale si mirava in questa antesignana decisione non era (solo) la eliminazione della “discriminazione” in base alla nazionalità ma (anche) degli “ostacoli” rappresentati da discipline che – per quanto in sé non discriminatorie, comunque – limitavano la circolazione all'interno del Mercato unico.

In *Cassis de Dijon*, che si poneva in una linea di ideale evoluzione rispetto a *Dassonville*, la posizione della Corte si è resa ancora più esplicita.

¹⁰³ La prima sentenza tributaria è stata pronunciata nel caso “*host*” *Avoir fiscal*, che come noto risale al gennaio 1986; la sentenza tributaria in un caso “*origin*” – ovvero *ICI* – è invece del luglio del 1998. La sentenza nel caso *Daily Mail* del settembre 1988 – già ricordata e sulla quale dovremo tornare – ha una indubbia rilevanza sistematica in campo fiscale ma non riguarda direttamente tale materia.

¹⁰⁴ Sappiamo infatti che quando lo Stato membro si trova nella posizione di Stato ospitante esso è tenuto a garantire il “trattamento nazionale” al non residente che, esercitando una libertà fondamentale, sia divenuto comparabile al residente. Poiché normalmente il “non residente” ha la nazionalità di un altro Stato membro, si ha che in questi casi il mancato rispetto del principio del “trattamento nazionale” si risolve essenzialmente in un problema di discriminazione sulla base della nazionalità.

¹⁰⁵ *Dassonville*, § 5.

Il caso era sorto in relazione ad una norma tedesca che fissava un limite minimo alla gradazione delle bevande alcoliche commerciabili all'interno del territorio nazionale; limite che, tuttavia, si applicava indistintamente alle bevande di produzione nazionale ed a quelle importate.

Il carattere di per sé imparziale (*“even banded”*) della misura non ha impedito alla Corte di dichiararne l'incompatibilità con l'allora art. 28 del Trattato CE (oggi art. 34 del TFUE) poiché *“(...) l'effetto pratico di prescrizioni di tal genere consiste principalmente nel garantire un vantaggio alle bevande con alta gradazione alcolica, allontanando dal mercato nazionale i prodotti d'altri Stati membri non rispondenti a questa specificazione”*¹⁰⁶.

Con *Cassis de Dijon* la Corte (dopo che in *Dassonville* erano state gettate le basi di questa operazione ermeneutica) ha dunque consapevolmente esteso il raggio d'azione delle libertà fondamentali al di là dei confini segnati dal divieto di discriminazione; non senza, tuttavia, porre un importante *caveat* alla loro efficacia demolitrice.

Questa decisione costituisce infatti il riferimento obbligato anche agli effetti della elaborazione del “Principio di ragionevolezza” (*“Rule of reason”*) che, declinato nelle diverse cause di giustificazione alle (in linea di principio, vietate) restrizioni alle libertà fondamentali, rappresenta il principale strumento di contemperamento tra le istanze sottese alla creazione del mercato unico e quelle delle sovranità statuali.

Così il secondo periodo del paragrafo 8 della sentenza:

*“Gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori”*¹⁰⁷.

Il tema delle cause di giustificazione – che affronteremo nel Capitolo V – ha progressivamente assunto un rilievo decisivo nella successiva giurisprudenza e, in specie, in quella tributaria, ove la Corte ne ha fortemente potenziato la gittata attraverso un ampliamento della casistica rispetto alle originarie quattro ipotesi indicate in *Cassis de Dijon*.

¹⁰⁶ *Cassis de Dijon*, § 14.

¹⁰⁷ *Id.*, § 8.

Ma quello che preme mettere in evidenza in questa sede è che *Cassis de Dijon* già conteneva le coordinate sulla base delle quali la Corte ha poi orientato l'integrazione negativa nel comparto dell'imposizione diretta¹⁰⁸.

Essa, infatti, ha anticipato quello che sarebbe poi stato l'*incipit* delle future sentenze rese dalla Corte, ed ossia che nelle materie nelle quali la Comunità non ha una competenza esclusiva – e quella dell'imposizione diretta rientra tra queste – gli Stati sono legittimati ad esercitare la propria sovranità; ciò, tuttavia, a condizione che:

(i) dette materie non siano armonizzate: *“In mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell'alcool (...) spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche”*¹⁰⁹;

¹⁰⁸ *Cassis de Dijon* costituisce – per il suo contenuto innovativo – una pietra miliare della giurisprudenza comunitaria.

Come puntualizzato dall'Avvocato generale Jacobs nel § 25 nel parere reso nel Causa C-412/93, *Lecrerc-Siplec*, “Si deve riconoscere l'estrema importanza del principio annunciato nella sentenza ‘Cassis de Dijon’: se si permettesse ad uno Stato membro di vietare l'importazione e la vendita di prodotti legalmente fabbricati in un altro Stato membro solo perché non sono stati fabbricati in conformità alle norme vigenti nello Stato di importazione, non esisterebbe nulla di simile al mercato comune, almeno sino a quando non venisse armonizzato il complesso delle varie normative che regolano aspetti quali la composizione, l'imballaggio e l'etichettatura delle merci”.

Cassis de Dijon, tuttavia, ha rappresentato più un punto di partenza che di arrivo: nelle decisioni successive la Corte ha dovuto fronteggiare il rischio che sostanzialmente tutte le normative nazionali, in quanto per loro natura “cucite addosso” al mercato di riferimento, potessero risultare incompatibili con il Trattato pur non essendo in sé discriminatorie. In *Keck* (casi C-267 e 268/91) la Corte ha tentato di sistematizzare la materia tracciando una distinzione tra norme nazionali relative ai prodotti (soggette all'art. 28 del Trattato UE, oggi art. 34 del TFUE) e norme nazionali relative alle condizioni di commercializzazione (non soggette all'art. 28 appena citato). Le difficoltà applicative poste da questa distinzione, giudicata insoddisfacente dalla dottrina maggioritaria, ha spinto la Corte a dare maggiore importanza alla attitudine della misura nazionale a rappresentare un ostacolo all'“accesso al mercato”, quale criterio per verificarne la compatibilità con il Trattato una volta accertata l'assenza di connotati discriminatori. In questo senso essa ha, dunque, ammesso che anche le norme relative alle condizioni di commercializzazione possono, in talune circostanze, ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 28 cit. ove sia dimostrato che esse hanno comunque un carattere protezionistico (v. le sentenza *Agostini*, Causa C-34-36/95 e *Gourmet International*, Causa C-405/98).

¹⁰⁹ *Id.*, § 8.

(ii) le “*disparità delle legislazioni nazionali*”¹¹⁰ (inevitabilmente derivanti dall'autonomo esercizio delle singole sovranità statuali) non possono costituire motivo per impedire l'accesso al proprio mercato delle merci legalmente prodotte e commercializzate nel paese d'origine (principio del “mutuo riconoscimento”), a meno che detto impedimento non sia necessario per soddisfare le esigenze imperative di pubblico interesse elencate al paragrafo 8 precedentemente richiamato.

Da questa impostazione si comprende come la centralità delle libertà di movimento rispetto al divieto di discriminazione – inteso quale autonomo principio generale –, implica sì, come si è detto, una limitazione al raggio di azione di quello stesso principio (in quanto esso non entra in gioco se e nella misura in cui trovano applicazione le libertà di movimento), ma allo stesso tempo ne determina un superamento in tutto e per tutto funzionale alla realizzazione dell'obiettivo individuato al secondo comma dell'art. 26 TFUE, ovvero la creazione di un “(...) *mercato interno caratterizzato dall'abolizione di ogni ostacolo alla libera circolazione tra gli Stati membri di beni, persone, servizi e capitali*”.

Nella logica delle libertà, non è dunque solo la discriminazione (“*overt*” o “*covert*”) sulla base della nazionalità ad essere vietata ma lo è anche – a prescindere dalla sussistenza di una simile discriminazione – il mantenimento o l'introduzione di “ostacoli” alla possibilità di avvalersi delle predette libertà che non trovino giustificazione in esigenze imperative di pubblico interesse.

Sembra appropriato richiamare qui la chiara indicazione data dall'Avvocato generale Jacobs in merito alla capacità delle misure non discriminatorie a costituire un ostacolo per l'esercizio delle libertà fondamentali:

“Se esiste un ostacolo agli scambi fra Stati, esso non può cessare di esistere semplicemente perché un ostacolo identico colpisce il commercio nazionale. Mi è difficile accettare l'asserzione che uno Stato membro possa arbitrariamente limitare lo smercio dei prodotti provenienti da un altro Stato membro, purché imponga la stessa limitazione arbitraria allo smercio di prodotti nazionali. Se uno Stato membro alza una sostanziale barriera all'ingresso nel mercato di determinati prodotti, prevedendo, ad esempio, che essi possano venderli solo in pochi esercizi commerciali, ed un fabbricante di quei prodotti in un altro Stato soffre una perdita economica per effetto di tale limitazione, egli trarrà poco sollievo dal fatto di sapere che i

¹¹⁰ *Ibidem*.

*suoi concorrenti siti nello Stato membro autore della restrizione in parola subiscono un'analoga perdita*¹¹¹.

Ed ancora, sulla insufficienza del solo “divieto di discriminazione sulla base della nazionalità” ad impedire la permanenza o l'introduzione di ostacoli all'esercizio delle libertà:

*“Allo stesso modo, nell'ottica dell'intento del Trattato di istituire un mercato unico, il criterio della discriminazione non è di aiuto: da tale punto di vista, il fatto che uno Stato membro imponga restrizioni analoghe allo smercio di prodotti nazionali è semplicemente irrilevante. Non si attenua affatto l'effetto negativo sul mercato comunitario e neppure l'effetto negativo sulle economie degli altri Stati membri nonché sull'economia comunitaria. L'applicazione del criterio di discriminazione condurrebbe invero alla segmentazione del mercato comunitario, dal momento che gli operatori economici dovrebbero accettare qualsiasi restrizione alle modalità di vendita eventualmente vigente in qualunque Stato membro nonché adattare di conseguenza le rispettive modalità in ogni Stato. Le restrizioni al commercio non dovrebbero valutarsi in rapporto alla situazione locale esistente in ogni Stato membro, ma rispetto all'obiettivo dell'accesso all'intero mercato comunitario. Il criterio della discriminazione è pertanto incompatibile per principio con gli obiettivi del Trattato*¹¹².

Come osservato dall'Avvocato generale Maduro¹¹³, con la sentenza pronunciata nel caso *Kraus*¹¹⁴ la Corte ha chiaramente esteso alla libertà di stabilimento le logiche già sviluppate nel settore della libera circolazione delle merci imponendo la regola del “mutuo riconoscimento” (di titoli accademici ottenuti oltreconfine, nel caso di specie) anche in questo ambito:

*“Di conseguenza, gli artt. 48 e 52 ostano a qualsiasi provvedimento, relativo ai presupposti dell'uso di un titolo universitario integrativo conseguito in un altro Stato membro, il quale, anche se si applica senza discriminazioni in base alla cittadinanza, può ostacolare o scoraggiare, l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, compresi quelli dello Stato membro che ha emanato il provvedimento stesso, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato*¹¹⁵.

¹¹¹ Paragrafo 39 del parere reso nella Causa C-412/93.

¹¹² *Id.*, § 40.

¹¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro nella Causa C-446/03 (*Marks & Spencer*), § 26.

¹¹⁴ Causa C-19/92.

¹¹⁵ *Kraus*, § 32 (la evidenziazione è nostra). Al paragrafo 15 della sentenza *Dutch Ship Registration* (Causa C-299/02) la Corte afferma in modo chiaro che “secondo una costante giurisprudenza, l'art. 43 CE osta a qualsiasi provvedi-

Conformemente al modello analitico sviluppato in *Cassis de Dijon*, la Corte ha riconosciuto peraltro come la restrizione – non discriminatoria – debba essere poi valutata alla luce del Principio di ragionevolezza. Tale valutazione può invero sfociare in un giudizio di non-incompatibilità della restrizione ove essa “(...) *persegue uno scopo legittimo, compatibile con il Trattato, ed è giustificato da motivi imperativi d'interesse generale* (v., in questo senso, sentenza 28 aprile 1977, causa 71/76, *Thieffry*, Racc. pag. 765, punti 12 e 15 della motivazione)”.

Ciò, tuttavia, non basta giacché “(...) *anche in questo caso occorrerebbe che l'applicazione del provvedimento nazionale fosse atta a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non andasse oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo* (v. sentenza 20 maggio 1992, causa C-106/91, *Ramrath*, Racc. pag. I-3351, punti 29 e 30 della motivazione)”¹¹⁶.

Questa distinzione (restrizioni discriminatorie e non) è stata recepita dalla giurisprudenza di matrice fiscale già da *Avoir Fiscal* e trova una cristallina rappresentazione nel paragrafo 54 delle conclusioni dell'Avvocato generale Lenz nel caso *Futura*:

“(...) *as long as there is no discrimination against non-resident companies and no restriction on the freedom of establishment, it is for the Member State to choose the way in which losses are to be determined*”.

Come si vede, l'Avvocato generale individua distintamente i due banchi di prova sui quali le norme nazionali debbono essere testate; e non è un caso che – come si vedrà meglio a breve – proprio *Futura* rappresenti uno dei pochissimi casi “*host*” nei quali le nozioni di discriminazione e restrizione (non discriminatoria) si sono effettivamente divaricate evidenziando appieno la loro autonomia concettuale.

Ecco allora che, sin dalle prime battute d'avvio dell'integrazione negativa in materia di imposizione diretta, si sono delineati i due pilastri sui quali la Corte ha poi sviluppato la propria giurisprudenza:

(i) il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità – così come delineato all'interno delle proposizioni normative in

mento nazionale che, anche se si applica senza discriminazioni in base alla cittadinanza, possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato (v., in tal senso, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, Racc. p. I-1663, punto 32)”.

¹¹⁶ Vedi ancora il § 26 delle conclusioni dell'Avvocato generale Maduro nel caso *Marks & Spencer*.

tema di libertà fondamentali, ivi compresa la libertà di muoversi e risiedere all'interno del territorio comunitario – e

(ii) il divieto, comunque, di mantenere o introdurre ingiustificati ostacoli all'esercizio di quelle libertà.

Sebbene la sostanziale fusione ed immedesimazione dei concetti di “restrizione” e “discriminazione sulla base della nazionalità” costituisca – come testè rilevato – pressoché una costante nella giurisprudenza “*host*” della Corte, vi sono almeno due casi nei quali la dicotomia tra i due concetti riaffiora abbastanza chiaramente: si tratta, ad oggi, del già ricordato caso *Futura* e del caso *Truck Center*¹¹⁷.

In *Futura* il Lussemburgo – nel consentire il riporto in avanti delle perdite sofferte da una stabile organizzazione di una società non residente – prevedeva a tal fine due ordini di condizioni:

(i) che le perdite riportate a nuovo fossero (esclusivamente quelle) economicamente legate all'attività svolta dalla stabile organizzazione sul territorio lussemburghese¹¹⁸;

(ii) che tali perdite risultassero da una apposita contabilità tenuta presso la stabile organizzazione secondo la legislazione lussemburghese¹¹⁹.

Concentrandoci per adesso esclusivamente sulla seconda condizione¹²⁰, si può osservare come la Corte abbia svolto un controllo articolato su due passaggi logici.

Innanzitutto, essa ha verificato se lo Stato ospitante avesse garantito al non residente – divenuto comparabile con il residente via l'esercizio del diritto di stabilimento nella forma della costituzione nel territorio lussemburghese di una stabile organizzazione¹²¹ – il “trattamento nazionale” o, comunque, un trattamento non meno favorevole di quello “nazionale”.

Al riguardo, la Corte ha subito dato atto come la seconda condizione “(...) è che, nell'esercizio nel corso del quale ha subito le perdite di cui chiede il riporto, il contribuente abbia tenuto nello

¹¹⁷ Causa C-282/07.

¹¹⁸ *Futura*, § 9.

¹¹⁹ *Id.*, § 8.

¹²⁰ La prima condizione sarà esaminata al paragrafo 3.3. del Capitolo V.

¹²¹ Il punto è affrontato dall'Avvocato generale Lenz al § 39 delle proprie conclusioni dove – richiamandosi al § 22 della sentenza *Avoir fiscal* – puntualizza che anche nel caso di *Futura* (come, appunto, di *Avoir fiscal*) “non è ravvisabile una disparità di trattamento nella tassazione degli utili tra società lussemburghesi e succursali. Se quindi il legislatore lussemburghese le tratta alla stessa stregua sotto il profilo della tassazione degli utili, non si può partire dall'idea che esse si trovino in situazione diversa sotto il profilo di un'agevolazione come quella del riporto delle perdite”.

*Stato membro che applica l'imposta una contabilità, conforme alle norme nazionali vigenti in materia durante tale periodo, relativa alle sue attività nel detto Stato*¹²².

Il punto cruciale di questa premessa sta nel riconoscimento che le norme applicate alle stabili organizzazioni di società non residenti non sono diverse da quelle applicate alle società residenti: in altre parole, che il Lussemburgo aveva operato nel rispetto del principio del “trattamento nazionale” e, dunque, aveva trattato le due situazioni in modo imparziale (*id est*: non discriminatorio).

In verità, sarebbe astrattamente possibile sostenere come *Futura* venga comunque in gioco – sotto il profilo in esame – una discriminazione, sia pure nella più rara forma determinata dalla “*applicazione della medesima regola a situazioni diverse*”. Tale lettura potrebbe trovare supporto in alcuni passaggi delle conclusioni dell’Avvocato generale e, in particolare, laddove esso osserva come il requisito in esame è sì “*identico a quello imposto alle società lussemburghesi, ma si deve ricordare che si tratta della tassazione di una società stabilita all'estero, in Francia*”¹²³; come a dire che la non-residenza di tale società imporrebbe di assicurare alla stessa un trattamento diverso da quello riservato alle società lussemburghesi.

Sennonché, a stretto rigore non pare che la – diversa – residenza fiscale di una società possa costituire un elemento di “diversità” (rispetto ad una società residente) rilevante agli effetti del rispetto del principio di non discriminazione nella forma “rovesciata” qui ipotizzata.

In altre parole, la “diversità” delle situazioni non può essere data, in sé, dalla (diversa) residenza fiscale – o dalla (diversa) cittadinanza – del contribuente, perché ciò significherebbe ammettere l’esistenza di un principio in base al quale gli Stati siano tenuti a garantire ai soggetti non residenti o ai cittadini degli altri Stati un trattamento diverso da quello riservato ai propri residenti o cittadini, il che è esattamente l’opposto di quanto richiesto dalle proposizioni normative sulle libertà fondamentali.

Il punto è – ci pare – che l’applicazione di un trattamento non discriminatorio nei confronti di situazioni comparabili (che è la fattispecie venuta in considerazione in *Futura* atteso che le stabili organizzazioni di società non residenti e le società residenti erano soggette – in Lussemburgo – agli stessi obblighi documentali) non assicurava – di per sé – la compatibilità di tale trattamento con il

¹²² *Futura*, § 23.

¹²³ Conclusioni dell’Avvocato generale Leger in *Futura*, § 34.

Trattato. Ed è in questa prospettiva che dovrebbe essere letta l'osservazione dell'Avvocato generale richiamata poc'anzi¹²⁴ laddove, pur dando atto dell'imparzialità del trattamento, sottolinea che esso si risolveva comunque in un aggravio per il soggetto non residente il quale – in aggiunta alla contabilità mantenuta nello Stato di residenza – era costretto, onde riportare a nuovo le perdite pregresse, a istituire una seconda contabilità nello Stato di insediamento; il che, ha statuito adesivamente la Corte, poteva comunque risolversi in un ostacolo all'esercizio del diritto di stabilimento¹²⁵.

L'ostacolo in questione, si può osservare, non è dissimile da quello incontrato da coloro che, desiderando esportare in Germania le bevande alcoliche di propria produzione si erano imbattuti nelle previsioni non discriminatorie riconosciute poi come incompatibili dalla Corte in *Cassis de Dijon*; in entrambi i casi si trattava di un regime domestico che – per quanto imparziale – limitava l'accesso al mercato.

Quelle che pertanto possono talora apparire come “svolte” della Corte, sono in verità spesso il risultato della estensione al settore tributario di consolidati approdi giurisprudenziali maturati in aree maggiormente esposte, sin dai primi passi della Comunità, all'integrazione negativa. In quest'ottica, il dato rilevante non è tanto (o solo) la “novità” in sé dell'apporto di una sentenza (come *Futura*) alla costruzione del diritto tributario comunitario, quanto tutto sommato il “ritardo” con il quale taluni concetti sono riusciti ad affermarsi in tale ultimo ambito.

In *Truck Center* assistiamo ad un analogo superamento del principio del “trattamento nazionale” sia pur rispetto ad una diversa situazione di partenza.

Il caso sorgeva in relazione ad una disposizione belga che differenziava il trattamento fiscale degli interessi passivi pagati da una società residente a seconda che il beneficiario (finanziatore) fosse un'altra società residente oppure una società (nel caso di specie la sua controllante lussemburghese)¹²⁶ non residente: nel primo caso gli interessi erano tassati tramite una ritenuta alla fonte sull'importo lordo del pagamento, nel secondo essi venivano esentati dalla ritenuta alla fonte e confluivano nel reddito complessivo della società ed erano ivi sottoposti all'imposta sulle società dopo aver detratto i costi.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Futura*, § 24.

¹²⁶ *Truck Center*, § 24-30.

La Corte ha esaminato la questione dal punto di vista dell'eventuale restrizione al diritto di stabilimento¹²⁷ e ha, dunque, preliminarmente verificato se la situazione del finanziatore non residente e di quello residente fossero comparabili.

Avendo riscontrato l'assenza di comparabilità tra il contribuente "residente-non-migrante" e quello "non-residente-migrante"¹²⁸, la Corte ha coerentemente ritenuto che il trattamento non fosse discriminatorio (ovviamente, si sarebbe trattato di una discriminazione indiretta).

Fin qui – salvo approfondire le *rationes* sottese al predetto giudizio di non comparabilità¹²⁹ –, ci troviamo dinanzi ad una decisione che nulla ha aggiunto ad *Avoir fiscal*, avendo essa meramente ribadito la non comparabilità di principio tra residente e non residente.

La Corte, tuttavia, ha proseguito la propria analisi verificando se il trattamento applicato alla società non residente (per quanto – legittimamente¹³⁰ – non equivalente al "trattamento nazionale") determinasse comunque una restrizione alla libertà di stabilimento. Così il paragrafo 49:

"Per di più, oltre al fatto che riguarda situazioni che non sono oggettivamente analoghe, la differenza di trattamento risultante dalla normativa tributaria controversa nella causa principale non procura necessariamente un vantaggio alle società beneficiarie residenti in quanto, da un lato, come ha osservato il governo belga all'udienza, tali società sono tenute a versare acconti sull'imposta sulle società e, dall'altro, l'aliquota della ritenuta di imposta mobiliare riscossa sugli interessi versati ad una società non residente è nettamente inferiore a quella dell'imposta sulle società, percetta sui redditi delle società residenti beneficiarie di interessi".

L'importanza dell'evidenziato passaggio di questa sentenza non può sfuggire in quanto rappresenta la dimostrazione di come la Corte non si accontenti che gli Stati – quando si trovino nella posizione "*host*" – estendano il "trattamento nazionale" al soggetto non residente che abbia esercitato una libertà fondamentale e abbia così acquisito lo *status* di soggetto comparabile; essa – in effetti e come aveva già fatto intendere ben venticinque anni prima affrontando il caso *Avoir Fiscal* – si aspetta che i regimi fiscali applicati ai non resi-

¹²⁷ *Id.*, § 25. La pertinenza alla fattispecie all'esame del diritto di stabilimento – anziché della libera circolazione dei capitali –, dipende dalla circostanza.

¹²⁸ *Id.*, § 41. Questo passaggio della sentenza costituisce probabilmente uno tra i più "delicati" della giurisprudenza della Corte e dovrà essere ripreso in esame al momento di trattare specificamente della comparabilità.

¹²⁹ Su cui vedi il paragrafo 5.2. del Capitolo IV.

¹³⁰ In quanto riferito a situazioni non comparabili.

denti (anche se non meno favorevoli di quelli applicati ai residenti) non si frappongono comunque all'esercizio delle libertà.

5.2. La dimensione “*origin*”

5.2.1. L'obbligo dello Stato d'origine di garantire il “trattamento nazionale” ai propri cittadini che “migrano” in un altro Stato membro

La declinazione del principio del “trattamento nazionale” rispetto alla posizione dello Stato d'origine è stata, come noto, sviluppata per la prima volta nel caso *Daily Mail*.

La rilevanza di questa sentenza è duplice: in primo luogo in essa si affronta (anche qui per la prima volta) la già esaminata questione del possibile carattere restrittivo dei criteri utilizzati dagli Stati membri per collegare le persone giuridiche a un dato ordinamento giuridico; in secondo luogo perché, come sopra accennato, il principio del “trattamento nazionale” viene applicato in una dimensione diversa rispetto ad *Avoir fiscal*, potenziandone enormemente il raggio d'azione.

In merito al secondo profilo, che ci interessa esaminare in questa sede, la Corte ha posto da subito in evidenza che, sebbene le norme sul diritto di stabilimento, “(...) così come formulate, mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e corrispondente alla definizione dell'art. 58. Come ha giustamente osservato la Commissione, i diritti garantiti dall'art. 52 e seguenti sarebbero vanificati se lo Stato d'origine potesse vietare alle imprese di migrare per stabilirsi in altro Stato membro”¹³¹.

Lo schema che si presenta alla Corte in una fattispecie di tipo “*origin*” è dunque completamente diverso da quello esaminato al paragrafo precedente. Qui, infatti, allo Stato membro è chiesto di garantire il “trattamento nazionale” – non già a un soggetto di altra nazionalità o non residente che eserciti una libertà in quello stesso Stato, ma – ai “propri” residenti che “migrino” in un altro Stato membro avvalendosi di una delle libertà fondamentali.

Ma vediamo più da vicino il caso *Daily Mail*.

Come si ricorderà, il contenzioso sorgerà a seguito della richiesta di una società costituita nel Regno Unito di trasferire la propria

¹³¹ *Daily Mail*, § 16.

sede del controllo e dell'amministrazione centrale nei Paesi Bassi continuando a mantenere la propria personalità giuridica secondo il diritto societario dello Stato d'origine. Tale trasferimento non veniva tuttavia autorizzato dal Regno Unito per il concreto rischio che le plusvalenze latenti dei beni della società sfuggissero totalmente, al momento del loro realizzo, alla giurisdizione fiscale di tale Stato.

La conclusione negativa¹³² resa dalla Corte in merito alla questione se tale diniego costituisse una restrizione al diritto di stabilimento è già stata esaminata nel primo capitolo¹³³. Ciò su cui mette conto porre l'accento adesso è invece l'inedito schema analitico che è sviluppato in questa sentenza laddove, al già citato paragrafo 16, si riconosce che le libertà fondamentali conferiscono il diritto delle persone fisiche e giuridiche comunitarie a "migrare" in un altro Stato membro e che tale diritto non deve subire restrizioni che ne ostacolano l'esercizio.

Il primo corollario di tale diritto¹³⁴ è che ogni Stato membro è obbligato a far sì che alle persone fisiche o giuridiche aventi la nazionalità di tale Stato le quali "migrino" – *id est*: che realizzino nello Stato d'origine una determinata fattispecie avvalendosi di una libertà fondamentale – sia garantito il "trattamento nazionale", ovvero un trattamento non meno favorevole di quello applicato alle persone fisiche e giuridiche di quel medesimo Stato che realizzino una fattispecie comparabile senza tuttavia avvalersi di una libertà fondamentale.

Per assistere ad un'altra applicazione del principio del "trattamento nazionale" nella dimensione dello Stato d'origine bisogna aspettare – per ben dieci anni – che si affacci il caso *ICI*¹³⁵.

La questione pregiudiziale era sorta a proposito della disciplina vigente nel Regno Unito in tema di trasferibilità delle perdite fiscali all'interno dello stesso gruppo di società.

Lo "sgravio fiscale" in questione costituiva, dunque, il "trattamento nazionale" che veniva in gioco nel caso di specie. Al riguardo, la Corte ha osservato che: "(...) *la normativa controversa nella causa principale nega alle società residenti facenti parte di un consorzio che, attraverso una società holding, si siano avvalse del loro diritto alla libertà di stabilimento per creare consociate in*

¹³² Riassunta nel § 24 della sentenza.

¹³³ Vedi paragrafo 4.3.4.

¹³⁴ Il secondo sarà esaminato al paragrafo successivo, ove si tratterà delle restrizioni "assolute", ovvero che non dipendono dalla mancata applicazione del principio del "trattamento nazionale".

¹³⁵ Causa C-264/96.

*altri Stati membri, il beneficio dello sgravio fiscale in ragione delle perdite subite da una società residente controllata dalla holding qualora quest'ultima controlli principalmente consociate aventi la loro sede fuori dal Regno Unito*¹³⁶.

Come si può notare, la Corte ha rilevato che lo Stato d'origine faceva dipendere il diritto di una società capogruppo residente a fruire dello specifico "trattamento nazionale" dalla circostanza che questa – nel compiere la medesima azione di costituire una società consociata – esercitasse o meno una libertà fondamentale (il diritto di stabilimento).

Come risulterà anche nel prosieguo, nella dimensione "*origin*" dell'integrazione negativa la Corte parte sempre dalla verifica se – data una certa azione (come, ad esempio, la costituzione di una consociata) – il residente che, avvalendosi di una libertà fondamentale, "migri" in un altro Stato membro (e, proseguendo nell'esempio, costituisca ivi una consociata) riceve un trattamento non meno favorevole del "trattamento nazionale" garantito al residente che viceversa non "migri" in un altro Stato membro (perché investe nel capitale di una società residente) e, dunque, non abbia bisogno di avvalersi di una libertà fondamentale.

Uno dei principali baricentri dell'analisi della Corte (l'altro essendo, come vedremo, quello delle giustificazioni delle restrizioni trattato al Capitolo V) si risolve pertanto anche in questo contesto in un confronto; esso però riguarda un residente che, nel compiere una certa azione, non si deve avvalere di una libertà fondamentale (perché non "migra") e un altro residente che nel compiere una azione analoga (sia pur caratterizzata dalla presenza di un elemento di estraneità) si deve avvalere (perché "migra") di una libertà fondamentale.

La violazione del principio del "trattamento nazionale" da parte dello Stato d'origine ha in quest'ambito, per forza di cose, un connotato "discriminatorio" diverso da quello che emerge dalla stessa violazione ad opera dello Stato ospitante. Poiché il soggetto al quale non viene garantito il "trattamento nazionale" è un residente¹³⁷, si ha che la discriminazione non avviene, sia pur indirettamente, sulla base della *sua* nazionalità ma dell'*elemento di estraneità*¹³⁸ che caratterizza la sua azione.

¹³⁶ ICI, § 22.

¹³⁷ Dove la residenza (fiscale) funge sempre da criterio succedaneo rispetto alla nazionalità.

¹³⁸ Si veda, ad esempio, il caso *X e Y* (C-436/00) dove la Corte, a proposito della mancata applicazione del "trattamento nazionale" svedese – consistente del differimento dell'imposizione sui *capital gains* in caso di cessione di azioni

In *ICI* l'elemento in questione era costituito dalla residenza della società partecipata, così come lo è poi stato nella lunga serie di casi a esso successivi incentrati sul diritto di stabilimento e sulla libera circolazione dei capitali quali, tra gli altri, *X AB and Y AB*¹³⁹, *Baars*¹⁴⁰ *X and Y*, *Bosal*¹⁴¹, *De Baek*¹⁴², *Manninen*¹⁴³, *Marks & Spencer*¹⁴⁴, *Cadbury Schweppes*¹⁴⁵, *Rewe Zentralfinanze*¹⁴⁶, *FII Group Litigation*¹⁴⁷, *Keller Holding*¹⁴⁸, *CFC and Dividend Group Litigation*¹⁴⁹.

Lo schema analitico che si è appena descritto trova applicazione su tutto lo spettro delle libertà fondamentali. Nel caso *Eurowings*¹⁵⁰ la Corte ne ha fatto una chiara applicazione in tema di libera circolazione dei servizi.

La questione pregiudiziale era sollevata nell'ambito di una controversia sorta tra un'impresa residente in Germania operante nel campo dell'aviazione civile (la società *Eurowings Luftverkehrs AG*) e la competente amministrazione finanziaria tedesca. Il contenzioso verteva, in particolare, sulla disciplina dell'imposta sull'industria e sul commercio; disciplina in base alla quale tale impresa sarebbe stata tenuta a procedere a diverse integrazioni ("*add backs*") della base imponibile (*id est*: variazioni in aumento rispetto al risultato del conto economico) in relazione ai canoni da essa corrisposti ad una società irlandese a fronte della concessione in locazione finanziaria di un aeromobile¹⁵¹.

ad una società partecipata dall'azionista della società ceduta – in funzione della nazionalità della società acquirente stessa ha fondato l'accertamento circa la sussistenza di una restrizione sulla constatazione di come “... *la disposizione nazionale controversa nella causa principale implica l'esistenza di un elemento di estraneità manifestamente pertinente per la libertà di stabilimento garantita dal Trattato (...) e che tale elemento di estraneità dia luogo a un trattamento fiscale differenziato in questo stesso Stato membro*”.

¹³⁹ Causa C-200/98.

¹⁴⁰ Causa C-251/98.

¹⁴¹ Causa C-168/01.

¹⁴² Causa C-268/03.

¹⁴³ Causa C-319/02.

¹⁴⁴ Causa C-446/03.

¹⁴⁵ Causa C-196/04.

¹⁴⁶ Causa C-347/04.

¹⁴⁷ Causa C-446/04.

¹⁴⁸ Causa C-471/04.

¹⁴⁹ Causa C-201/05.

¹⁵⁰ Causa C-294/97.

¹⁵¹ In generale, e come precisato al paragrafo 6 della sentenza, lo scopo delle integrazioni della base imponibile era quello di rendere il prelievo impositivo sui profitti dell'impresa insensibile alla circostanza che essi derivassero dall'investimento di capitali propri oppure appartenenti a terzi.

Data la natura reale dell'imposta in questione, la normativa di riferimento stabiliva espressamente che la regola delle integrazioni non fosse applicabile laddove l'elemento economico astrattamente suscettibile d'integrazione (come ad esempio i canoni di locazione finanziaria) erano inclusi nella base imponibile dell'imposta sull'industria e sul commercio dovuta da un altro soggetto passivo (come ad esempio la società concedente).

L'effetto indiretto di tale correttivo (*id est*: l'inoperatività del meccanismo delle integrazioni dei costi sostenuti per l'utilizzo di beni altrui ove a tali costi corrispondeva una tassazione in capo ad un altro soggetto passivo) era che il regime delle integrazioni finiva per ridondare negativamente sulle imprese tedesche che si rivolgevano a imprese non residenti rispetto a quelle che si rivolgevano a imprese residenti. Infatti, mentre le imprese fornitrici residenti (salvo particolari eccezioni) erano soggette all'imposta sull'industria e il commercio – il che faceva sì che i loro committenti non fossero soggetti al meccanismo delle integrazioni –, quelle estere non erano, viceversa, soggette all'imposta in questione con il risultato che i loro committenti si trovavano sempre sottoposti al predetto meccanismo.

In buona sostanza, se la società *Eurowings* – anziché prendere in locazione finanziaria l'aeromobile presso un fornitore non residente – si fosse rivolta a un fornitore residente, il regime delle integrazioni non sarebbe stato applicabile nei suoi confronti.

Ebbene, la Corte ha innanzitutto statuito che tale impresa, siccome destinataria di servizi di locazione finanziaria, aveva titolo far valere i diritti soggettivi conferitile dall'attuale articolo art. 57 del TFUE¹⁵².

Al riguardo, occorre ricordare che la libera circolazione dei servizi trova un'applicazione "bidirezionale", ossia sia nella forma della loro prestazione, che del loro acquisto. Tale libertà, infatti ed in particolare:

(i) "(...) prescrive l'eliminazione non solo di tutte le discriminazioni nei confronti del prestatore a causa della sua cittadinanza, ma anche di tutte le restrizioni alla libera prestazione di servizi imposte dal fatto che il prestatore è stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui dev'essere fornita la prestazione (sentenze 4 dicembre 1986, causa 205/84, Commissione/Germania, Racc. pag. 3755, punto 25, e 26 febbraio 1991, causa C-180/89, Commissione/Italia, Racc. pag. I-709, punto 15)¹⁵³.

¹⁵² *Eurowings*, § 34.

¹⁵³ *Id.*, § 33.

(ii) “(...) conferisce diritti non solo al prestatore di servizi stesso, ma anche al destinatario dei suddetti servizi (v., in particolare, sentenze 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, Racc. pag. 377, e causa C-484/93, *Svensson et Gustavsson*, Racc. pag. I-3955)¹⁵⁴.”

Il regime fiscale delle integrazioni entrava in questo caso in collisione con la libera circolazione dei servizi, sia perché si applicava in modo diverso a seconda che il fornitore fosse a meno residente¹⁵⁵, sia perché, come già notato, esso si risolveva in un trattamento parziale (e meno favorevole) delle imprese tedesche che acquistavano servizi da fornitori comunitari (le quali erano dunque dissuase dal farlo) rispetto a quelle che li acquistavano da fornitori residenti¹⁵⁶.

Analizziamo le modalità con le quali la Corte ha esaminato questo caso.

Innanzitutto è stata qualificata la posizione – “*origin*” – nella quale si trova lo Stato membro chiamato in causa¹⁵⁷. In altri termini, la Corte ha preso le mosse dal dato che la contestazione della normativa nazionale era motivata dalle conseguenze che essa determinava nei confronti dei soggetti residenti i quali intendevano “migrare” in un altro Stato nella forma dell’esercizio di una libertà fondamentale: la società *Eurowings*, in effetti, aveva “migrato” in Irlanda ivi acquistando un servizio.

Il secondo elemento, che ha anticipato la conclusione alla quale la Corte sarebbe giunta in casi successivi, è quello della comparazione tra il residente che, nel compiere una certa azione:

(i) “migri” – ossia che, come la società *Eurowings*, si avvalga di una libertà fondamentale – in un altro Stato membro e

(ii) quello che, invece, non “migri”.

Il confronto in esame, si noti, ha tenuto conto solo della situazione nello Stato d’origine espressamente dichiarando che il livello

¹⁵⁴ *Id.*, § 34.

¹⁵⁵ *Id.*, § 36.

¹⁵⁶ *Id.*, § 37.

¹⁵⁷ *Id.*, § 35: “A questo riguardo, si deve constatare che, nella causa a qua, l’obbligo di procedere alle integrazioni nella base imponibile previste negli artt. 8, punto 7, e 12, n. 2, del GewStG si applica sempre alle imprese tedesche che prendano in affitto beni da locatori stabiliti in un altro Stato membro, dal momento che questi ultimi non sono mai assoggettati all’imposta comunale sull’industria e sul commercio, mentre l’obbligo di procedere a tali integrazioni non si applica, nella maggior parte dei casi, alle imprese tedesche che prendono in affitto beni da locatori stabiliti in Germania, dal momento che questi ultimi sono normalmente assoggettati alla detta imposta, tranne per le rare ipotesi menzionate nei punti 25-27 della presente sentenza” (le parti evidenziate sono nostre).

di tassazione vigente nello Stato di residenza del fornitore del servizio non incideva sulla comparabilità del “migrante” e del “non-migrante”.

In effetti, la Germania aveva obiettato dinanzi alla Corte che la differenza di trattamento dell'uno e dell'altro trovava fondamento nel fatto che il fornitore non residente non era sottoposto ad alcun prelievo comparabile con quello gravante sul fornitore residente, potendo il primo beneficiare di una tassazione complessiva nella misura del solo 10%¹⁵⁸; e che, dunque, la diversità di trattamento era in definitiva spiegabile con la diversità delle situazioni in gioco¹⁵⁹.

Il rigetto di tale argomento poteva far comprendere quale sarebbe poi stata la posizione della Corte nei successivi – ed assai importanti per le implicazioni che ne sono derivate – casi “*origin*” quali, tra gli altri, *Marks & Spencer* e *Cardbury Schweppes*: lo Stato d'origine non può introdurre misure restrittive atte a compensare i vantaggi fiscali goduti dalle persone fisiche o giuridiche stabilite in un altro Stato membro.

Su questo aspetto la sentenza è lapidaria:

*“Come giustamente ha osservato la Commissione, simili prelievi fiscali compensatori minerebbero le fondamenta stesse del mercato”*¹⁶⁰.

Si tratta, d'altra parte, di una posizione ineccepibile.

Se, difatti, a uno Stato membro fosse consentito considerare il livello di tassazione applicato da un altro Stato membro quale elemento atto a diversificare il trattamento fiscale riservato ai servizi forniti dalle imprese estere ivi stabilite *vis a vis* quelle residenti – oppure, come accadrà nei due casi poc'anzi menzionati, a

¹⁵⁸ *Id.*, § 21.

¹⁵⁹ *Id.*, § 43. Più in particolare, al fine di contestare la rivendicazione di *Eurowings* secondo la quale i conduttori destinatari di servizi forniti da locatori residenti (nessuna integrazione imposta) godessero di un trattamento più favorevole rispetto ai conduttori destinatari di servizi forniti da locatori non residenti (integrazioni richieste), il Governo tedesco argomentò che le due situazioni non erano comparabili per il seguente motivo: mentre “*un locatore stabilito in un altro Stato membro può offrire al conduttore un canone meno elevato poiché non soggetto all'imposta sul commercio*”, un locatore residente trasferisce l'imposta sul commercio cui è soggetto al conduttore, incorporandola nel canone. In altre parole, secondo tale argomentazione, tali integrazioni equiparavano le due diverse situazioni compensando il “vantaggio” fruito dai locatori non residenti e dai conduttori residenti in virtù del fatto che le locazioni transfrontaliere non fossero soggette all'imposta sull'industria e il commercio.

¹⁶⁰ *Id.*, § 45.

diversificare il trattamento fiscale riservato ai gruppi di imprese con consociate ivi stabilite *vis a vis* quelli con consociate residenti –, si avrebbe che le scelte degli operatori in merito allo Stato membro nel quale stabilirsi verrebbero determinate, anziché esclusivamente sulla base di valutazioni attinenti a quello specifico Stato, avendo riguardo anche alle “misure compensative” adottate dagli altri Stati membri. È ovvio che in una simile situazione, prima ancora che la libera circolazione dei servizi, a essere soggetta a restrizione sarebbe la libertà di stabilimento.

Il terzo elemento riguarda il principio del “trattamento nazionale”.

Come nel caso *ICI*, anche in *Eurowings* una volta “isolati” i due termini del raffronto – e cioè il “residente migrante” e il “residente non migrante” –, la Corte ha verificato che il trattamento previsto per il secondo fosse applicato anche al primo, giungendo alla conclusione – negativa – che la normativa controversa “(...) *stabilisce pertanto un regime fiscale diverso, nella maggior parte dei casi, a seconda che il prestatore di servizi sia stabilito in Germania o in un altro Stato membro*”¹⁶¹.

5.2.2. Oltre il principio del “trattamento nazionale”: le “restrizioni assolute” nella prospettiva dello Stato d’origine

Già dall’estensione del raggio d’azione delle libertà fondamentali alla dimensione “*origin*” della potestà impositiva degli Stati membri – come detto inaugurata con *Daily Mail* – si è avuto un ridimensionamento della “discriminazione” quale perno principale dell’azione della Corte. In effetti, è facile costatare che la grande maggioranza dei casi più importanti e controversi degli ultimi quindici anni sono emersi proprio in tale prospettiva, dove come sappiamo un problema di discriminazione sulla base della nazionalità (sia essa diretta o indiretta) non si pone in radice.

Inoltre ci siamo già imbattuti in restrizioni che, pur essendo imposte arrecate in una dimensione “*host*”, erano prive di carattere discriminatorio. In *Futura* e *Truck Center* la Corte ha invero indagato se la libertà di stabilimento trovasse ostacoli *al di là* della discriminazione, così dando evidenza della propria determinazione ad esercitare un sindacato anche sulle misure che, pur trattando analoghe situazioni nello stesso modo, si frappongono nondimeno alla piena attuazione del Mercato interno.

¹⁶¹ *Eurowings*, § 36.

Ebbene, la propaggine più avanzata di questa estensione del raggio di azione della Corte si è avuta quando essa ha ravvisato la sussistenza di una restrizione incompatibile con il Trattato in una situazione dove la normativa dello Stato membro, esaminata nella prospettiva “*origin*” di cui ci stiamo qui occupando, era rispettosa del principio del “trattamento nazionale” atteso che al residente che aveva “migrato” era applicato lo stesso regime fiscale cui sarebbe andato soggetto il residente che non avesse “migrato” pur compiendo la medesima azione (priva dell’elemento di estraneità).

Il caso paradigmatico a questo riguardo è *Bosman*¹⁶². La vicenda – non fiscale – sottesa al rinvio pregiudiziale alla Corte riguardava i regolamenti sportivi sul trasferimento dei calciatori. Tali regolamenti consentivano alle società calcistiche di pretendere il pagamento di una “indennità di trasferimento” (a fronte dei costi sostenuti per l’allenamento e la carriera del calciatore) laddove un loro giocatore intendesse, alla fine del proprio contratto, farsi ingaggiare da un’altra società.

Si deve precisare che l’indennità in questione era dovuta nella stessa misura sia nel caso di trasferimenti da una società calcistica all’altra in seno allo stesso Stato (il Belgio, nel caso di specie) sia nel caso di trasferimenti verso società situate in altri Stati membri. Vuol dire, in altre parole, che comparando il trattamento applicabile al residente che non era “migrato” (perché trasferitosi ad un’altra società calcistica all’interno dello stesso Stato) ed il residente che era invece “migrato” (perché trasferitosi ad una società calcistica di un altro Stato) si evinceva che i due trattamenti erano equipollenti e che, dunque, il Belgio aveva fatto corretta applicazione del principio del “trattamento nazionale”.

La Corte, pur prendendo atto della “neutralità” delle previsioni in questione sotto il profilo appena esaminato¹⁶³, ha altresì rilevato che esse erano nondimeno “(...) idonee a limitare la libera circolazione dei calciatori che vogliono svolgere la loro attività in un altro Stato membro poiché impediscono loro di lasciare le società cui appartengono, o li dissuadono dal farlo, anche dopo la scadenza dei contratti di lavoro che li legano a esse”¹⁶⁴.

¹⁶² Causa C-415/93.

¹⁶³ “Ora, è vero che le norme sui trasferimenti contestate nelle cause a quibus si applicano anche ai trasferimenti di calciatori fra società appartenenti a federazioni nazionali diverse nell’ambito dello stesso Stato membro e che norme analoghe disciplinano i trasferimenti fra società appartenenti alla stessa federazione nazionale”; così il § 98.

¹⁶⁴ *Id.*, § 99.

La sentenza, dunque, si articola sui consueti tre passaggi logici. La Corte:

(i) nel primo, ha inquadrato la fattispecie come un caso “*origin*” individuando la pertinente libertà fondamentale di cui poteva godere il cittadino intenzionato a “migrare”¹⁶⁵;

(ii) nel secondo, ha verificato se lo Stato aveva garantito il “trattamento nazionale” al residente che si era avvalso della libera circolazione dei lavoratori¹⁶⁶;

(iii) nel terzo – accertato che lo Stato in questione aveva in effetti garantito il trattamento nazionale – ha verificato se quel trattamento costituisse comunque un ostacolo al godimento della libertà¹⁶⁷.

È evidente che, come si è visto anche nei casi “*host*” *Futura e Truck Center*, la seconda analisi è stata svolta in quanto la prima aveva dato un esito negativo ché, altrimenti, l’incompatibilità con il Trattato sarebbe stata già di per sé una conseguenza del mancato rispetto del principio del “trattamento nazionale”.

Il caso *Deutsche Shell*¹⁶⁸ costituisce un ulteriore esempio.

La vicenda scaturiva dall'impossibilità per una società residente in Germania di dedurre la perdita valutaria (marco tedesco – lira) derivategli dal rimpatrio del capitale iniziale immesso in sede di costituzione di una stabile organizzazione all'estero (in Italia) dipoi messa in liquidazione.

¹⁶⁵ Così il paragrafo 95: “*I cittadini degli Stati membri dispongono, in particolare, del diritto, conferito loro direttamente dal Trattato, di lasciare il paese d'origine per entrare nel territorio di un altro Stato membro ed ivi soggiornare al fine di esercitare un'attività economica (v., in particolare, sentenze 5 febbraio 1991, causa C-363/89, Roux, Racc. p. I-273, punto 9, e Singh, citata, punto 17)*”.

¹⁶⁶ Così il paragrafo 98: “*Ora, è vero che le norme sui trasferimenti contestate nelle cause a quibus si applicano anche ai trasferimenti di calciatori fra società appartenenti a federazioni nazionali diverse nell'ambito dello stesso Stato membro e che norme analoghe disciplinano i trasferimenti fra società appartenenti alla stessa federazione nazionale*”.

¹⁶⁷ Così i paragrafi 99 e 100: “*(...) tali norme sono idonee a limitare la libera circolazione dei calciatori che vogliono svolgere la loro attività in un altro Stato membro poiché impediscono loro di lasciare le società cui appartengono, o li dissuadono dal farlo, anche dopo la scadenza dei contratti di lavoro che li legano ad esse. In effetti, prevedendo, come fanno, che un calciatore professionista può esercitare la sua attività in una nuova società stabilita in un altro Stato membro solo se quest'ultima ha versato alla società di provenienza l'indennità di trasferimento il cui importo è stato convenuto fra di esse o determinato ai sensi dei regolamenti delle federazioni sportive, le dette norme costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori*”.

¹⁶⁸ Già ricordato al paragrafo 3 del Capitolo II.

Tale perdita non poteva essere dedotta né in Italia, poiché essa non emergeva dalla relativa contabilità (siccome espressa in lire), né in Germania, poiché in base alla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con l'Italia i redditi della stabile organizzazione andavano ivi esenti dal prelievo e la normativa nazionale sanciva la ineducibilità delle componenti negative connesse a redditi esenti.

Si deve subito notare che la normativa nazionale non distingue tra il residente “non-migrante” e quello “migrante”, e ciò per la semplice ragione che la deduzione delle perdite valutarie non era consentita in entrambi i casi: nel primo, perché in una situazione puramente interna (ossia con una sede secondaria domestica) una perdita valutaria non poteva per definizione emergere (non essendovi l'utilizzo di due valute, nel secondo, perché lo prevedeva il combinato disposto della convenzione e della normativa domestica.

Come si è appena visto nel caso *Bosman*, la Corte non si è però accontentata del fatto che il “trattamento nazionale” non distinguesse tra “migrante” e “non-migrante” e – seguendo sul punto le indicazioni della Commissione e dell'Avvocato generale¹⁶⁹ – ha proseguito l'indagine per verificare se sussisteva comunque una restrizione alla libertà di stabilimento. Tale indagine è approdata alla seguente conclusione:

*“(...) il regime tributario di cui alla causa principale aumenta il rischio economico a cui è soggetta una società stabilita in uno Stato membro che intenda creare un'entità in un altro Stato membro, qualora si utilizzi una valuta diversa da quella dello Stato di origine. In una tale situazione, la società madre deve affrontare non solo i rischi abituali relativi alla creazione di tale entità, ma altresì un rischio supplementare di natura fiscale in occasione del conferimento a quest'ultima del capitale iniziale”*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ L'Avvocato generale Sharpston si è innanzitutto posto la questione se il caso dovesse essere svolto da una prospettiva di discriminazione (da intendersi qui in senso lato, poiché è ovvio che – trattandosi di un caso “*origin*” – non può esservi discriminazione sulla base della nazionalità) o in una prospettiva di restrizione (non “discriminatoria”). Così il paragrafo 28 del suo parere: “*Un approccio al rinvio pregiudiziale consiste nel chiedersi se vi sia una discriminazione contro società controllanti in una siffatta situazione rispetto al trattamento riservato ad un idoneo termine di confronto*”.

¹⁷⁰ In sostanza, quale che sia la prospettiva – “*host*” (come in *Futura e Truck Center*) oppure “*origin*” (come in *Bossmann* o *Deutsche Shell*) – la Corte ha fornito indicazioni chiare sulla propria intenzione di esercitare un sindacato che non si ferma alla verifica del rispetto del principio di uguaglianza. Questo signi-

fica che gli Stati non possono limitarsi al rispetto del principio del “trattamento nazionale” nei confronti dei “migranti” (non residenti o residenti a seconda dei casi), essi dovendo altresì far sì che siffatto trattamento non rappresenti – in ogni caso – un fattore idoneo a dissuadere le persone fisiche e giuridiche comunitarie dal trarre vantaggio dalle libertà fondamentali.

CAPITOLO IV

La “comparabilità” tra il “migrante” e il “non-migrante”

1. La rilevanza dello scopo della norma restrittiva

La “comparabilità” costituisce uno degli snodi principali della giurisprudenza comunitaria: è tramite essa che la Corte stabilisce se, e in quale misura, le fattispecie con elementi di estraneità meritano di vedersi applicati i vantaggi di un certo regime previsto per i “non-migranti” oppure non meritano di vedersi applicati gli svantaggi di un regime appositamente previsto per i “migranti”.

Abbiamo appena parlato di “vantaggi” e “svantaggi”.

I primi consistono normalmente in situazioni giuridiche soggettive, come la possibilità di dedurre un costo, di compensare una perdita oppure di beneficiare di un credito d'imposta o di un regime di esenzione: essi, come noto, pongono un problema di compatibilità con il Trattato quando lo Stato membro li riserva unicamente ai residenti (nella prospettiva “*host*”) oppure ai “residenti-non-migranti” (nella prospettiva “*origin*”). I secondi si risolvono comunemente in maggiori oneri amministrativi e/o in modalità impositive più onerose: essi, salvo il caso delle “restrizioni assolute” (c.d. “*even handed restrictions*”), possono violare il Trattato quando lo Stato membro li riserva esclusivamente ai “non-residenti-migranti” (nella prospettiva “*host*”) oppure ai “residenti-migranti” (nella prospettiva “*origin*”).

La valutazione della situazione del “migrante” e del “non-migrante” non è mai condotta “in astratto”, ma avuto riguardo a uno specifico regime fiscale, sia quando esso si risolva in un “vantaggio” che quando comporti uno “svantaggio” nel senso appena precisato.

A questo riguardo, un'attenzione particolare è data allo “scopo” del regime della cui compatibilità comunitaria si discute. Dalla presa in considerazione dell'elemento teleologico di una norma fiscale la Corte è in grado di comprendere se il beneficio ivi previsto è reso accessibile solo al “non-migrante”: (i) perché esso è “diverso” dal “migrante”, (ii) oppure perché esso ha un intento protezionistico¹.

Questo profilo si trova efficacemente spiegato nel parere reso dall'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Amurta*², relativo come sappiamo ad un regime tributario nazionale (applicato nei Paesi Bassi) in cui i dividendi distribuiti da società residenti ad altre società residenti (oppure a stabili organizzazioni di società non residenti

¹ Si veda, recentemente, il paragrafo 21 di *X Holding BV* (Causa C-337/08): “(...) dalla giurisprudenza della Corte risulta che la comparabilità di una situazione comunitaria con una situazione interna deve essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione”.

² Causa C-379/05.

con partecipazioni nella società distributrice) erano esenti dalla ritenuta alla fonte. L'esenzione in questione, tuttavia, non era applicata ai dividendi distribuiti a società non residenti.

L'Avvocato generale ha osservato che occorre stabilire la comparabilità tra i beneficiari dei dividendi residenti e quelli non-residenti, tenendo conto “(...) dello scopo e del contenuto delle disposizioni nazionali in questione (...)”³ oppure, in altre parole, “(...) della funzione della normativa contestata”⁴.

Avendo osservato che lo scopo dell'esenzione era quello di “(...) eliminare l'imposizione di una serie di oneri fiscali applicabili agli utili distribuiti da società olandesi”⁵, l'Avvocato generale ha concluso, come poi confermato dalla Corte, che poiché “(...) il paese della fonte intende risparmiare ai propri residenti una doppia imposizione nazionale esentandoli dalla ritenuta alla fonte sui dividendi ricevuti da una società olandese, tale Stato deve estendere l'esenzione anche ai non residenti perché questi sono soggetti alla stessa doppia imposizione nazionale derivante dall'esercizio del proprio potere impositivo sugli stessi”⁶.

Un altro caso meritevole di essere richiamato a questo riguardo è *Asscher*⁷. Si trattava, anche qui, di un caso “*host*” dove entrava in gioco un trattamento fiscale applicabile ai soli “non-residenti-migranti”.

Lo svantaggio era dato dall'applicazione ai loro redditi dell'aliquota del 25% al primo scaglione d'imposta in luogo del 13% riservato ai residenti; lo scopo di tale diversificazione essendo dichiaratamente quello di evitare che i non-residenti sfuggissero alla progressività dell'imposizione (siccome tassati su base “reale”). Tenuto conto di tale scopo, la Corte ha rilevato che anche il “non-residente-migrante” era sottoposto a una tassazione di tipo progressivo riguardo ai redditi prodotti nello Stato-ospitante perché essi – per quanto esenti in virtù della convenzione contro le doppie imposizioni applicabile tra i due Stati – erano presi in considerazione nel suo Stato di residenza ai fini della individuazione dell'aliquota ivi applicabile (c.d. *exemption with progression*).

L'analisi dello scopo nella comprensione della comparabilità emerge con chiarezza anche nella dimensione “*origin*” nella quale

³ Parere dell'Avvocato generale in *Amurta* §37.

⁴ *Id.*, §38.

⁵ *Id.*, 39.

⁶ *Id.*, §45.

⁷ Su cui vedi anche il paragrafo 5.4.3. del Capitolo IV.

si sviluppa, ad esempio, il caso *Manninen* al quale si già sommariamente accennato.

La rimessione alla Corte riguardava il sistema d'imputazione per l'eliminazione della doppia imposizione economica sui dividendi vigente in Finlandia. Tale normativa prevedeva che, quando una società residente distribuiva il proprio utile ai soci – utile che era già stato soggetto all'imposta sulle società nella misura del ventinove per cento –, costoro avevano diritto a scomputare dall'imposta dovuta – anch'essa fissata nella misura del ventinove per cento – un credito d'imposta pari ai ventinove settantunesimi del loro importo. L'imponibile sul quale calcolare l'imposta dovuta dai beneficiari dei dividendi era data dalla somma di questi ultimi e dello stesso credito d'imposta.

Di conseguenza, il riconoscimento del credito d'imposta implicava *“(...) la tassazione in capo alle sole società aventi sede in Finlandia degli utili distribuiti da queste agli azionisti (...) fiscalmente residenti in Finlandia, poiché questi ultimi sono semplicemente esentati dall'imposta sui dividendi ricevuti”*⁸.

In altre parole, poiché il credito d'imposta neutralizzava completamente la tassazione dei dividendi “nelle mani” dei soci, l'imposizione dell'utile sottostante avveniva esclusivamente per il tramite dell'imposta applicata nei confronti della società stessa. Se poi la società aveva sopportato un prelievo inferiore al ventinove per cento, in sede di distribuzione di dividendi essa era assoggettata a una tassazione di conguaglio affinché vi fosse corrispondenza tra tassazione societaria e credito d'imposta.

La Corte, innanzitutto, ha individuato – nel senso sopra anticipato – lo scopo del “trattamento nazionale”:

*“Occorre ricordare che la normativa tributaria finlandese ha lo scopo di prevenire la doppia imposizione degli utili delle società concedendo all'azionista che percepisce dividendi un beneficio tributario consistente nel tenere conto dell'imposta dovuta, a titolo d'imposta sulle società, dalla società distributrice dei dividendi”*⁹.

Alla luce di tale scopo, i giudici hanno poi indagato se la doppia imposizione economica – la cui eliminazione costituiva appunto lo scopo del regime fiscale – si poteva verificare anche in una situazione transfrontaliera, ossia nel caso di dividendi distribuiti da

⁸ *Manninen*, § 44.

⁹ *Manninen*, § 33.

una società non residente¹⁰. A tal fine, essa ha rilevato che “(...) *la situazione di coloro che siano fiscalmente residenti in Finlandia potrebbe certamente essere diversa a seconda del luogo dove essi investono i loro capitali. Ciò avverrebbe, in particolare, qualora la legislazione fiscale dello Stato membro in cui sono realizzati gli investimenti elimini già il rischio di una doppia imposizione degli utili di società distribuiti sotto forma di dividendi, applicando l'imposta sulle società, per esempio, ai soli utili non distribuiti dall'impresa considerata*”¹¹.

Preso atto che in Finlandia “(...) *i redditi sono, innanzi tutto, assoggettati all'imposta sulle società e poi, se sono distribuiti sotto forma di dividendi, all'imposta sul reddito dei beneficiari*”¹², la Corte ha tratto la conclusione che “(...) *sia i dividendi distribuiti da una società stabilita in Finlandia sia quelli versati da una società avente sede in Svezia possono, a prescindere dal credito d'imposta, costituire oggetto di una doppia imposizione*”¹³.

Il messaggio lanciato dalla Corte allo Stato membro (*rectius*: agli Stati membri) è chiaro: se lo scopo di una norma fiscale è quello di eliminare la doppia imposizione economica sui dividendi – prodotta dal fatto che tale Stato assoggetta a tassazione siffatti dividendi “nelle mani” dei recipienti –, l'applicazione di tale norma deve avvenire indipendentemente dalla circostanza che la “prima imposizione”, ovvero quella sull'utile societario, sia avvenuta in quello stesso Stato (perché la società controllata era ivi residente) oppure in un altro.

In effetti, il “fatto” (la doppia imposizione economica sui dividendi) che la norma ha lo scopo di prevenire o eliminare occorre negli stessi termini in entrambi gli scenari imponendo, pertanto, una sua applicazione imparziale.

Questo però vuol dire anche che se la doppia imposizione economica, in concreto, non sussisteva perché lo Stato di residenza della società partecipata esentava l'utile distribuito, ecco che – sempre alla luce dello scopo della norma – le situazioni del “residente-migrante” e

¹⁰ Nella specie i dividendi erano anche sottoposti in Svezia a una ritenuta alla fonte del 15%. La ritenuta in questione, in base alla convenzione contro le doppie imposizioni, era deducibile dall'imposta personale sui dividendi dovuta dal socio in Finlandia. Ciò, tuttavia, risolveva esclusivamente il problema della doppia imposizione giuridica. La Convenzione, infatti, non prevedeva alcun rimedio per la doppia imposizione economica determinata dall'applicazione dell'imposta sottostante scontata dalla società in Svezia.

¹¹ *Id.*, § 34.

¹² *Id.*, § 35.

¹³ *Ibidem.*

del "residente-non-migrante" non sarebbero state comparabili.

Si evidenzia così quale sia il reale obiettivo della Corte: non certo interferire con le politiche fiscali degli Stati, quanto combatterne i contenuti protezionistici tesi a favorire i residenti rispetto ai non-residenti (prospettiva "*host*") e i "residenti-non-migranti" rispetto ai "residenti-migranti" (prospettiva "*origin*"); e l'elemento che più di ogni altro mette in evidenza il profilo di contrasto tra una normativa e le libertà fondamentali è proprio lo scopo – dichiarato o meno – di tale normativa.

2. La rilevanza della situazione nell'"altro Stato"

Nel caso *Schumacker*¹⁴ la Corte ha incentrato il giudizio di comparabilità sulla situazione nella quale si trovava il "migrante" nell'"altro Stato", ossia il suo Stato di residenza: in particolare, essa ha dato rilievo decisivo alla circostanza che i redditi ivi imponibili erano insufficienti a consentire la deduzione delle spese personali e familiari; d'onde la necessità che tale deduzione avvenisse nello Stato dove il migrante aveva conseguito la maggior parte dei propri redditi.

Analogamente, la situazione del "migrante" nel suo Stato di residenza era presa in considerazione nel poc'anzi ricordato caso *Asscher* onde stabilire se esso era comparabile al "non-migrante" sotto il profilo del carattere progressivo o non progressivo del prelievo fiscale al quale erano sottoposti i suoi redditi.

In altri casi, sempre "*host*", tale situazione non è invece presa in considerazione. Si pensi ad *Avoir Fiscal* e ai successivi in termini: la Corte si è concentrata esclusivamente sulla situazione della stabile organizzazione nello Stato ospitante, non indagando in merito alla situazione della casa-madre nell'"altro Stato".

Anche nella prospettiva "*origin*" si possono avere casi nei quali la situazione nell'"altro Stato" è presa ed altri nei quali essa, invece, non è stata presa in considerazione per condurre il giudizio di comparazione.

In *Cardbury Schweppes*, per esempio, la Corte ha affermato espressamente che eventuali vantaggi fiscali conseguiti dalle società controllate estere di una società-madre residente non incidono sulla sua comparabilità con una società-madre avente solo società controllate residenti.

¹⁴ Sul quale vedi più nello specifico il paragrafo 5.4.2.1. di questo Capitolo.

In *Manninen*, come si è osservato da poco, la Corte ha invece preso chiaramente in considerazione la situazione della società partecipata estera nel suo Stato di residenza; e ciò, in particolare, per verificare se gli utili da essa distribuiti erano o non erano stati assoggettati a tassazione nei suoi confronti e, quindi, poteva determinarsi una doppia imposizione economica a seguito della loro erogazione.

Gli esempi potrebbero continuare e così l'elencazione di casi nei quali la prospettiva d'analisi si è fermata allo Stato membro chiamato in causa – sia esso ospitante o d'origine – e di altri nei quali invece essa ha abbracciato anche l'“altro Stato”.

La ragione di questo altalenarsi nello sviluppo del giudizio di comparazione non è da attribuirsi a un'incoerenza nella giurisprudenza della Corte; trattandosi, piuttosto, del riflesso della specificità dei casi di volta in volta esaminati.

Riprendendo gli esempi di cui sopra, si vede come in *Schumacker* la necessità di esaminare la situazione del “migrante” nell'“altro Stato” fosse un portato della circostanza che, di regola, spetta allo Stato della residenza prendere in considerazione la capacità contributiva complessiva del contribuente e, dunque, le sue spese personali e familiari; se il sig. *Schumacker*, al di là dell'ammontare del suo reddito nello Stato della fonte, avesse avuto redditi nel suo Stato di residenza capienti a sufficienza per assorbire le predette spese personali e familiari, la Corte non lo avrebbe giudicato comparabile ai contribuenti residenti. Ecco, dunque, spiegata l'ottica “bi-statuale” adottata nel caso in commento e di tutti quelli che ne testimoniano ancora oggi la vitalità.

In *Avoir Fiscal*, invece, il trattamento fiscale controverso riguardava – non già la capacità contributiva complessiva del contribuente, ma – specificamente il diverso regime di tassazione riservato ai dividendi distribuiti rispettivamente a società residenti o a sedi secondarie di società non residenti.

Il fatto dirimente, a questo riguardo, è che lo scopo del credito d'imposta sui dividendi (*avoir fiscal*) era quello di prevenire la doppia imposizione economica soci-società. Si trattava, quindi, della stessa problematica in seguito esaminata in *Manninen*, solo da una prospettiva speculare.

Ebbene, se in *Avoir Fiscal* la doppia imposizione economica si consumava tutta nello stesso Stato ospitante (la Francia) essendo ivi tassati sia gli utili della società distributrice dei dividendi che i dividendi stessi, in *Manninen* essa costituiva la risultante della concorrente giurisdizione fiscale di due Stati membri (la Finlandia e la Svezia), poiché uno (la Svezia) colpiva gli utili societari e l'altro (la Finlandia) i dividendi.

La contrapposizione di questi due casi non potrebbe meglio porre in controluce le diverse necessità sottese al giudizio comparativo svolto in ciascuno di essi.

Considerazioni simili possono farsi per *Gerritse*, caso nel quale veniva in gioco una questione – la deducibilità delle spese sostenute da un non-residente per lo svolgimento di un'attività economica nello Stato della fonte – che esauriva la propria portata nello stesso Stato della fonte rendendo, così, irrilevante quale fosse la situazione di detto non-residente nel suo Stato d'origine. In altre parole, come in *Avoir Fiscal*, il fenomeno impositivo ritenuto restrittivo delle libertà fondamentali era da ricollegarsi all'operatività del solo Stato ospitante, onde è unicamente su questo che si è giustamente concentrata l'attenzione della Corte.

Quanto precede vale anche, seppur nell'ottica rovesciata del caso "*origin*", in *Cardbury Schweppes*: la Corte di Giustizia ha ribadito l'irrelevanza della fiscalità vigente nello Stato di stabilimento della società-figlia ai fini della comparabilità della "società-madre-residente-non-migrante" con la "società-madre-residente-migrante" perché tale fiscalità non interagiva (se non al livello delle motivazioni del legislatore) con il meccanismo che determinava la restrizione: in effetti quest'ultima non aveva quelle implicazioni obbiettive sul verificarsi o meno della restrizione che, invece, abbiamo poc'anzi visto in *Manninen*, dove l'esistenza o meno di un'imposta sugli utili distribuiti nell'"altro Stato" faceva la differenza tra avere e non avere una doppia imposizione sui dividendi. In sostanza, salvo il livello di tassazione vigente nell'"altro Stato" – fattore che, nella logica del Mercato unico, non incide sulla comparabilità del "migrante" e del "non-migrante" – la restrizione era autosufficiente; il che spiega la ragione della visione "mono-statuale" che ha caratterizzato il giudizio di comparazione svolto in questo caso.

Merita evidenziare che le considerazioni svolte fino a qui sulla rilevanza della situazione nell'"altro Stato" valgono solo gli effetti della verifica circa la sussistenza in sé di una restrizione alle libertà fondamentali.

Il tema dell'"altro Stato" dovrà essere ripreso più avanti quando tratteremo delle giustificazioni invocabili rispetto ad una restrizione alla luce del principio di ragionevolezza¹⁵.

In *Marks & Spencer*, ad esempio, la Corte non darà rilievo alla situazione sussistente negli Stati membri di stabilimento delle consociate agli effetti del giudizio sull'esistenza di una restrizione nello

¹⁵ Su cui veda il Capitolo V.

Stato di residenza della capogruppo (ossia del soggetto residente che aveva “migrato”), ma lo farà nel momento in cui si tratterà di verificare la proporzionalità della restrizione stessa rispetto agli scopi da essa perseguiti.

3. I diversi “livelli” di comparabilità

Al paragrafo 16 della sentenza *Conijn*¹⁶, resa undici anni dopo che la Corte aveva riconosciuto in *Schumacker* che il contribuente, il quale non consegua sufficienti redditi nello Stato di residenza, ha diritto a vedere le spese attinenti alla sua situazione personale e familiare prese in considerazione nello Stato della fonte ove costui produca la maggior parte dei propri redditi, la Corte preciserà che la differenza tra residenti e non-residenti si apprezza:

- (i) per quanto attiene alla “*fonte dei redditi*”;
- (ii) alla “*capacità contributiva personale*”;
- (iii) alla “*situazione personale e familiare*”.

È dunque rispetto a tali tre profili – i quali, in verità, si riducono a due considerando che il primo costituisce, di fatto, una sintesi del secondo e del terzo – che si misura la differenza tra residenti e non-residenti. È utile porre l'accento su questo punto perché ci ricorda che la necessità per il contribuente non-residente di conseguire la maggior parte del proprio reddito nello Stato ospitante – onde potersi considerare comparabile ad un contribuente ivi residente e dunque beneficiare del “trattamento nazionale” – si verifica solo ed esclusivamente rispetto a misure riferibili ai due profili in questione, e non a qualsivoglia altra misura.

Proprio il caso *Conijn* costituisce un valido esempio di quanto stiamo dicendo perché fornisce preziose indicazioni su come la Corte interpreti la comparabilità tra residente e non-residente a seconda della tipologia di trattamento nazionale che viene in considerazione: quindi, quando la funzione del trattamento nazionale è genericamente quella di prendere in considerazione la “capacità contributiva complessiva del contribuente” oppure la sua “situazione personale e familiare”, il “livello” di comparabilità tra residente e non-residente è appunto, e come noto, dato da ciò che la maggior parte del suo reddito sia stata prodotta nello Stato ospitante; quando invece, come ad esempio nel caso in esame, la sua funzione sia quella di tassare il reddito derivante da un'attività economica al

¹⁶ Causa C-364/04.

netto delle spese sostenute per produrlo, non occorre raggiungere *quel* livello di comparabilità, essendo a tal fine sufficiente che le spese sostenute dal contribuente non residente siano direttamente connesse all'attività da costui svolta nello Stato ospitante.

Ma vediamo come questo passaggio è concretamente sviluppato nella sentenza in esame.

La questione pregiudiziale veniva sollevata a seguito del diniego opposto dalla Germania a un non-residente di riconoscere in deduzione – così come previsto per i contribuenti residenti – le spese da costui sostenute in tale Stato con riguardo a una consulenza fiscale resasi necessaria per compilare la dichiarazione dei redditi derivatigli dalla partecipazione ad una società residente.

Innanzitutto, si è dato atto che *“(...) dal fascicolo risulta che il sig. Conijn, residente nei Paesi Bassi, ha percepito in territorio tedesco meno del 90% del suo reddito complessivo”*¹⁷.

Vuol dire, sembra di poter affermare, che se viceversa tale soglia fosse stata raggiunta, il non-residente sarebbe stato ritenuto comparabile in grazia di quella circostanza.

L'esame, tuttavia, non si è fermato qui e si è posto perciò *“(...) il problema di accertare se l'oggettiva disparità di situazione tra un non residente come lui e un residente giustifichi una disposizione nazionale, come quella in discussione nella causa principale, che in sede di dichiarazione dei redditi nega la deduzione delle spese di consulenza fiscale al primo, mentre la riconosce al secondo”*¹⁸.

In proposito, il “livello” di comparabilità è stato individuato evidenziando che:

(i) con riferimento *“(...) alle spese connesse direttamente ai redditi di una persona parzialmente soggetta ad imposta, la Corte ha affermato che, per spese come quelle professionali sostenute in ragione di un'attività esercitata in un altro Stato membro, la persona limitatamente soggetta ad imposta dev'essere trattata alla stregua di quella soggetta illimitatamente”*¹⁹;

(ii) le *“(...) spese di consulenza fiscale, la loro deduzione a titolo di «spese straordinarie» per i contribuenti illimitatamente soggetti a imposta si spiega, secondo il governo tedesco, con il fatto che esse sono rese necessarie dalla complessità del diritto tributario nazionale”*²⁰;

¹⁷ Conijn, § 18.

¹⁸ Id., § 19.

¹⁹ Id., § 20.

²⁰ Id., § 21.

(iii) il sig. Conijn aveva, per l'appunto, sostenuto spese di consulenza fiscale per compilare la propria dichiarazione dei redditi percepiti in Germania; infatti l'obbligo di redigere tale dichiarazione discendeva dal fatto che egli aveva percepito redditi nel detto Stato membro²¹;

(iv) le “(...) spese di consulenza fiscale sono dunque direttamente connesse ai redditi ivi tassati, di modo che gravano alla stessa maniera sui redditi di tutti i contribuenti, residenti e non”²².

Questo caso, tra gli altri, ci insegna che non esiste “una” comparabilità, ma diversi “livelli” della stessa.

Nella dimensione “*host*”, il massimo grado di comparabilità – quello cioè al quale il non-residente si è avvicinato maggiormente al residente – sembra essere quello individuato nel caso *Schumacker* e successivi in termini²³. È grazie, infatti, a tale grado di comparabilità che il non-residente ha acquisito il diritto a vedersi trattato nello Stato della fonte come un residente agli effetti – addirittura – della presa in considerazione della sua situazione personale e familiare.

Un alto livello di comparabilità si ritrova anche nei casi, da *Avoir Fiscal* in poi, sorti a proposito delle sedi secondarie di società non residenti, la ragione essendo che la fiscalità delle medesime è normalmente la stessa – salvo gli “svantaggi” – delle società residenti.

Negli altri casi, invece, la comparabilità è tendenzialmente raggiunta con riferimento allo specifico componente di reddito rispetto al quale si apprezza la restrizione.

Solo per nominarne qualcuno, in *Gerritse*, e successivi in termini, la comparabilità ha riguardato le spese – sostenute dal “non-residente-migrante” e dal “residente-non-migrante” – connesse ad un'attività svolta nello Stato della fonte; in *Metallgesellschaft*, invece, essa ha riguardato i dividendi distribuiti al “socio residente-non-migrante” e quelli distribuiti al “socio-non-residente-migrante”.

In un'ottica “*origin*”, invece, è più difficile parlare di “livelli” di comparabilità perché essa è accertata avendo riguardo a due soggetti – il “residente-migrante” e quello “non-migrante” – che, come tali, sono comparabili per definizione.

²¹ *Id.*, § 22.

²² *Ibidem*.

²³ Dovuto, come sappiamo, alla circostanza che il non residente aveva conseguito la maggior parte del proprio reddito nello Stato della fonte.

Questa è poi la ragione per la quale:

- nella prospettiva "*host*", sia il ricorrente (ovvero il contribuente o la Commissione europea) e, dunque ed in ultima analisi la Corte, ad essere principalmente chiamati a dimostrare che nello specifico caso vi è comparabilità tra i due termini del confronto (residente e non-residente);
- nella prospettiva "*origin*" è invece sullo Stato membro che grava l'onere di dimostrare che le due azioni – quella che implica una "migrazione" e quella che non la implica – non sono comparabili; e lo deve fare – pena la negazione della stessa cogenza del Trattato e delle libertà fondamentali, in particolare – "al netto" dell'elemento di estraneità, ossia senza considerare il medesimo come il fattore che rende non comparabili le due azioni. Una conferma empirica della maggiore difficoltà nella quale si trovano gli Stati membri quando la restrizione è contestata dalla prospettiva di un contribuente residente si ricava dal proporzionalmente rilevante numero di restrizioni contestate nei casi "*origin*" rispetto a quelli "*host*", pur considerando il fatto che i primi si sono come noto sviluppati più tardi dei secondi.

4. L'impatto sulla comparabilità delle - diverse - obbligazioni dello Stato della residenza e dello Stato della fonte

4.1. L'eredità del caso ACT IV GLO

Si è già avuto modo di far riferimento alle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Geelhoed nel caso *ACT GLO IV* in merito alla bipartizione tra restrizioni e quasi-restrizioni che si trova ivi sistematizzata.

Vogliamo adesso nuovamente richiamarci a tale parere per il considerevole impatto che esso ha avuto sulla successiva comprensione della Corte del concetto di comparabilità.

Il punto di partenza della riflessione dell'Avvocato generale è rappresentato dal diverso atteggiarsi della giurisdizione fiscale degli Stati a seconda che essa sia esercitata dalla posizione di "Stato della residenza del contribuente" oppure come di "Stato della fonte del reddito". Da tale diversità – che trova consacrazione nei criteri di ripartizione delle potestà impositive statali fissati dalla prassi internazionale e, in particolare, nel Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni – deriva la ben nota conseguenza secondo la quale "(...) *non possiamo considerare un operatore economico assoggettato alla potestà tributaria dello Stato di residenza in una*

*situazione comparabile a quella di un operatore economico assoggettato alla potestà tributaria dello Stato fonte, e viceversa*²⁴.

Preso atto di tale diversità, il passaggio successivo è stato riconoscere che le obbligazioni gravanti sugli Stati sono, dunque, diverse a seconda che, rispetto alla fattispecie con elementi di estraneità, essi si trovino nella posizione di “Stato della residenza del contribuente” o di “Stato della fonte del reddito” ovvero, volendo utilizzare una diversa terminologia, essi agiscano nella qualità di Stato d'origine o di Stato ospitante.

Nel primo caso²⁵, il principio del “trattamento nazionale” impone allo Stato di trattare i redditi conseguiti all'estero dai residenti (“migranti”) conformemente al modo in cui esso ha determinato la base imponibile costituita dai redditi conseguiti dai residenti (“non-migranti”) all'interno del territorio nazionale.

Se tale base imponibile sia stata ripartita a livello internazionale in modo tale da includere i redditi di origine estera – ad esempio considerandoli imponibili –, lo Stato di residenza dovrà trattare tali redditi in modo non meno favorevole di come tratta i redditi di origine.

Nel secondo caso²⁶, poiché lo Stato della fonte ha potere impositivo sui soggetti non residenti limitatamente ai redditi percepiti da costoro all'interno del suo territorio, l'obbligo incombente su tale Stato consiste più limitatamente nell'equiparazione dei non-residenti con i residenti (non-discriminazione) nella misura in cui essi (non-residenti) siano assoggettati al suo potere.

Volendo esporre l'impostazione appena descritta in modo “rovesciato”, si avrà che se lo Stato della residenza non assoggetta a imposizione i redditi di fonte estera dei propri residenti, esso non ha alcun obbligo di trattare costoro allo stesso modo in cui tratta i redditi di fonte domestica dei propri residenti. Vuol dire che il “migrante” non è comparabile al “non-migrante” se lo Stato in questione *non ha esteso* la propria giurisdizione sui redditi che esso ha ritratto dalla “migrazione” (*id est*: dall'esercizio di una libertà fondamentale).

Analogamente, se lo Stato della fonte non assoggetta a imposizione i redditi dei non-residenti, esso non ha alcun obbligo di trattare costoro come i residenti. Vuol dire che il “migrante” non è comparabile al “non-migrante” se lo Stato in questione *ha rinun-*

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *ACT IV GLO*, § 57.

²⁵ *Id.*, § 58.

²⁶ *Id.*, § 66.

ciato alla propria giurisdizione sui redditi che gli derivano dalla migrazione.

Ora, l'indubbio pregio di questa schematizzazione è di fornire un aiuto nella comprensione dei casi, riducendoli al loro contenuto essenziale. Vediamo come la sua applicazione concreta ne mette in luce l'utilità.

Esaminiamo prima il versante dello Stato della residenza.

Perché, in *Manninen*, la Finlandia non aveva rispettato le obbligazioni imposte dal Trattato nella sua qualità di "Stato di residenza del contribuente"?

La risposta è che avendo essa deciso di tassare i dividendi di fonte estera – estendendo, dunque, la propria giurisdizione in modo da abbracciare la fattispecie con elementi di estraneità –, la medesima era tenuta a trattare tali dividendi in modo non meno favorevole di come trattava i redditi di fonte domestica. Così, se rispetto a questi ultimi dividendi era previsto un meccanismo volto a evitare la doppia imposizione economica (credito d'imposta), questo doveva essere esteso anche ai dividendi di fonte estera. La stessa identica logica è alla base delle decisioni in *Verkooijen*, *Lenz* e *Meilicke*.

Passiamo ora al versante dello Stato della fonte.

In *ACT IV GLO*, ossia il caso al quale si riferiscono le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, si poneva (tra le altre) la questione del trattamento differente cui erano sottoposte nel Regno Unito, da una parte, le società residenti ed i loro azionisti finali residenti, che beneficiavano entrambi di un credito d'imposta in sede di percezione di dividendi e, dall'altra, le società non residenti ed i loro azionisti finali (residenti o meno) che non beneficiavano nel Regno Unito – salvo che ciò fosse previsto da una convenzione contro le doppie imposizioni – di nessun credito d'imposta allorché esse percepivano dividendi. Più nel particolare, le situazioni che potevano profilarsi erano sostanzialmente tre:

(i) dividendi distribuiti a società residenti: veniva riconosciuta l'esenzione dalla ritenuta alla fonte e concesso un credito d'imposta tale da neutralizzare l'imposta anticipata dalla società distributrice dei dividendi;

(ii) dividendi distribuiti a società non-residenti in Stati "senza convenzione contro le doppie imposizioni": veniva riconosciuta l'esenzione dalla ritenuta ma non il credito d'imposta;

(iii) dividendi distribuiti a società non residenti "con convenzione contro le doppie imposizioni": non veniva riconosciuta l'esenzione dalla ritenuta alla fonte ma veniva riconosciuto un credito d'imposta pieno o parziale.

La Corte si è, in primo luogo, occupata del confronto tra la situazione *sub* (i) e quella *sub* (ii).

Al riguardo, al paragrafo 61 della sentenza, essa ha osservato quanto segue:

“Per quanto riguarda la legislazione nazionale di cui alla causa principale, occorre sottolineare che, allorché una società residente nel Regno Unito distribuisce dividendi ad una società beneficiaria, né i dividendi percepiti da una società residente né quelli percepiti da una società non residente sono assoggettati ad imposta nel Regno Unito”.

La Corte ha dato, quindi, atto allo Stato della fonte di aver rinunciato alla propria competenza fiscale sui redditi (dividendi) prodotti nel suo territorio da “non-residenti-migranti”.

L'implicazione di questa rinuncia è assai importante: non essendo a causa del Regno Unito che si generava la doppia imposizione sui dividendi distribuiti agli azionisti non-residenti – esso era responsabile solo della “prima imposizione”, quella dell’utile societario –, tale Stato non poteva essere obbligato a estendere a siffatti dividendi i rimedi alla doppia imposizione economica previsti per i dividendi distribuiti ad azionisti residenti (della cui doppia imposizione era, viceversa, interamente responsabile).

La circostanza, pertanto, che lo Stato della fonte riconoscesse il credito d'imposta solamente agli azionisti residenti non ammontava a una restrizione vietata dal Trattato²⁷.

La situazione sarebbe stata diversa – ha aggiunto la Corte²⁸, dimostrando di aver fatto propria l'impostazione del Avvocato generale – se una società residente nello Stato membro (A) distribuisse dividendi a una società residente in un altro Stato membro (B) e gli azionisti di quest'ultima società, dal canto loro, risiedessero nello Stato (A).

In tal caso, quest'ultimo Stato – operando nella qualità di “Stato della residenza del contribuente” – sarebbe stato soggetto all'obbligo – in conformità al principio enunciato nelle citate sentenze *Lenz* e *Manninen* – di “vigilare” affinché i dividendi che tali azionisti percepivano da una società non-residente fossero soggetti a un trattamento fiscale equivalente a quello riservato ai dividendi che un azionista residente percepiva da una società residente.

Passando al confronto tra la situazione indicata *sub* (i) e quella indicata *sub* (iii), lo scenario è mutato perché l'azionista non-residen-

²⁷ ACT IV GLO, § 61-62.

²⁸ *Id.*, § 70.

te, in base ad una convenzione contro le doppie imposizioni conclusa tra il Regno Unito ed il suo (dell'azionista) Stato di residenza:

(i) da un lato, era assoggettato a tassazione nel Regno Unito sui dividendi distribuitigli da una società ivi residente;

(ii) dall'altro, aveva diritto, sempre dal Regno Unito, a un credito d'imposta pieno o parziale – ossia non necessariamente idoneo ad eliminare la loro doppia imposizione economica – sui predetti dividendi.

La differenza rispetto alla situazione precedente è evidentemente data dal fatto che qui lo Stato della fonte – sulla base degli accordi presi con lo Stato della residenza dell'azionista – esercitava la propria competenza fiscale sui redditi (dividendi) prodotti nel suo territorio.

In conformità all'insegnamento dell'Avvocato generale, tale scelta del Regno Unito aveva come conseguenza che esso non era più non-comparabile allo Stato della residenza sotto il profilo degli obblighi impostigli dal Trattato (dalla libertà di stabilimento o dalla libera circolazione dei capitali, in particolare); ovvero, detto diversamente, per effetto dell'esercizio della suddetta giurisdizione fiscale l'azionista residente e quello non-residente erano divenuti comparabili:

“(...) se lo Stato membro di residenza della società generatrice degli utili da distribuire decide di esercitare la sua competenza fiscale non soltanto sugli utili generati in tale Stato, ma anche sul reddito che proviene dal detto Stato percepito dalle società beneficiarie non residenti, è il solo esercizio da parte di questo stesso Stato della sua competenza fiscale che, indipendentemente da ogni imposizione in un altro Stato membro, genera un rischio di imposizione a catena. In tale caso, affinché le società beneficiarie non residenti non si trovino di fronte ad una limitazione della libertà di stabilimento vietata, in via di principio, dall'art. 43 CE, lo Stato di residenza della società distributrice deve vigilare affinché, in relazione al meccanismo previsto dal suo diritto nazionale allo scopo di prevenire o attenuare l'imposizione a catena, le società azioniste non residenti siano assoggettate ad un trattamento equivalente a quello di cui beneficiano le società azioniste residenti²⁹.

In quest'arresto si è statuito, in sintesi, che, nel momento esatto nel quale lo Stato della fonte fa esercizio della propria competenza fiscale sui dividendi percepiti da un “non-residente-migrante” nel

²⁹ *Id.*, § 70.

proprio territorio – quale che sia la fonte, unilaterale/domestica o bilaterale/internazionale, di tale potere di tassazione –, esso Stato diventa responsabile della doppia imposizione economica di quei dividendi e, come tale, deve assicurare che i medesimi beneficino dei meccanismi (credito d'imposta) atti alla sua eliminazione o attenuazione, allo stesso modo in cui i medesimi sono applicabili ai dividendi distribuiti ad azionisti residenti (principio del “trattamento nazionale”).

In *Denkavit*³⁰, caso deciso dalla Corte due giorni dopo *ACT IV GLO* con la assistenza dello stesso Avvocato generale, si è ribadito questo principio rispetto ad un diverso metodo di eliminazione della doppia imposizione sui dividendi: anziché il credito d'imposta, veniva qui in gioco l'esenzione.

Si è riconosciuto, anzitutto, come sia “(...) vero che, con riguardo ai provvedimenti adottati da uno Stato membro al fine di prevenire o attenuare l'imposizione a catena ovvero la doppia imposizione degli utili distribuiti da una società residente, gli azionisti beneficiari residenti non si trovano necessariamente in una situazione analoga a quella di azionisti beneficiari che risiedono in un altro Stato membro”³¹.

Ciò, come sappiamo, derivava dalla circostanza che gli utili distribuiti ai non-residenti potevano non essere assoggettati a tassazione nello Stato della fonte (*id est*: lo Stato della fonte poteva rinunciare al diritto di tassarli).

Tuttavia, “(...) a partire dal momento in cui uno Stato membro, in modo unilaterale o per via di accordi, assoggetti all'imposta sul reddito non soltanto gli azionisti residenti, ma anche gli azionisti non residenti, per i dividendi che essi percepiscono da una società residente, la situazione di tali azionisti non residenti si avvicina a quella degli azionisti residenti”³².

A questo riguardo, ha notato la Corte, la Francia tassava i dividendi distribuiti dalle consociate ivi residenti nello stesso modo, sia che essi fossero distribuiti a società madre-residenti, a società-madre non-residenti, ma aventi una sede secondaria in Francia, ovvero a società-madre non residenti che non disponevano di tale sede secondaria. Infatti, in tutte queste ipotesi, tale Stato sottoponeva a imposta i dividendi distribuiti da una società residente, così rendendo le tre ipotesi tra loro comparabili.

³⁰ Causa C-170/05.

³¹ *Denkavit*, § 34.

³² *Id.*, § 35.

Da tale comparabilità è derivato che se la Francia – con lo scopo di prevenire la doppia imposizione economica dei dividendi distribuiti da società residenti –, li esentava dalla ritenuta alla fonte quando essi erano distribuiti ad azionisti residenti, tale Stato era tenuto a “(...) *estendere tale provvedimento anche ai non residenti in quanto un'imposizione analoga, che colpisca i non residenti, deriva dall'esercizio della sua competenza fiscale su questi ultimi*”³³.

Questo indirizzo è stato poi puntualmente affermato in *Amurta, Fokus Bank*³⁴, *Aberdeen, Commission v. Netherlands* e *Commission v. Italy*.

Per misurare l'influenza esercitata dall'elaborazione dell'Avvocato generale Geelhoed sulla giurisprudenza successiva, si deve far nuovamente riferimento a casi recenti quali *Truck Center* e *Orange European Smallcap Fund NV*.

Si ricorderà che il primo caso (“*host*”) ruotava intorno alla tassazione belga degli interessi corrisposti da società residenti: se il finanziatore (percettore degli interessi) era anch'esso residente, detti interessi non erano sottoposti ad alcun prelievo alla fonte; se, invece, erano corrisposti a una società residente nel Lussemburgo la convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra i due Stati prevedeva che detti interessi potevano essere attratti a tassazione in entrambi gli Stati ma quello della fonte (il Belgio in questo caso) non poteva applicare una ritenuta superiore al 15%. Secondo la normativa interna, la ritenuta in questione non era prelevata laddove il finanziatore non residente era un'impresa che deteneva una partecipazione inferiore al 25% del capitale della società finanziata.

La Corte, come noto, ha accertato che le situazioni rispettivamente del finanziatore residente (“non-migrante”) e di quello non-residente (“migrante”) non erano comparabili; e ciò essenzialmente perché quando “(...) *la società distributrice di interessi e la società beneficiaria di tali interessi risiedono in Belgio, la posizione dello Stato belga è diversa da quella in cui si trova nel caso in cui una società residente in tale Stato membro versi interessi ad una società non residente poiché, nel primo caso, lo Stato belga agisce in qualità di Stato di residenza delle società interessate e, nel secondo caso, agisce quale Stato della fonte degli interessi*”³⁵.

³³ *Id.*, § 37.

³⁴ Resa dalla Corte EFTA.

³⁵ *Truck Center*, § 42.

Alla base di tale statuizione vi è evidentemente la condivisione della sistemazione concettuale delle obbligazioni alle quali è sottoposto uno Stato membro che agisca dalla posizione di Stato della fonte elaborata in occasione di *ACT IV GLO*: in quel caso, come appena visto, era stato affermato che se tale Stato sceglie di esercitare la competenza fiscale sui dividendi prodotti nel proprio territorio da contribuenti non-residenti, esso ha l'obbligo di applicare a detti dividendi gli stessi vantaggi fiscali riconosciuti ai contribuenti residenti; in conseguenza di quella scelta infatti i contribuenti residenti sul territorio nazionale e quelli aventi sede in un altro Stato membro si troveranno, infatti, in una situazione analoga relativamente alla doppia imposizione economica.

Come però ha spiegato l'Avvocato generale Kokott, il caso *Truck Center* poneva una problematica diversa da *ACT IV GLO*; qui, infatti, venivano in considerazione componenti di reddito che, diversamente dai dividendi, non si prestavano per loro natura a essere tassati più volte nei confronti di soggetti diversi (doppia imposizione economica)³⁶, ma solo – se del caso – a essere tassati più volte in capo allo stesso soggetto (doppia imposizione giuridica internazionale).

Per evitare, o meglio attenuare, quest'ultimo fenomeno il Belgio e il Lussemburgo si erano ripartiti la competenza fiscale lasciando allo Stato della fonte il diritto di applicare una ritenuta alla fonte in una misura non eccedente il 15%.

A questo punto si comprende il ragionamento della Corte: mentre la ritenuta alla fonte applicata sugli interessi pagati al finanziatore non-residente era strumentale all'esercizio della competenza fiscale dello Stato della fonte su tali redditi, l'esenzione da quella stessa ritenuta per quanto riguardava gli interessi pagati al finanziatore residente non aveva una funzione agevolativa (come l'aveva nel caso dei dividendi), essendo la medesima spiegabile semplicemente con il fatto che, confluendo quegli interessi nella fiscalità di un contribuente residente, essa non era necessaria.

La non-comparabilità tra la situazione del finanziatore residente e di quello non residente, era, pertanto, il corollario delle diverse obbligazioni gravanti sul Belgio a seconda che esso agisse come Stato della fonte o come Stato della residenza: quando applicava la ritenuta sugli interessi pagati al finanziatore residente, il Belgio agiva nella qualità di Stato della fonte; quando, invece, tassava il finanziatore residente esso agiva nella qualità di Stato della residenza.

³⁶ Oltre che dello stesso soggetto.

In questo senso va letto il paragrafo 43 dove si afferma che *"(...) il versamento di interessi da parte di una società residente ad un'altra società residente e il versamento di interessi da parte di una società residente a una società non residente danno luogo a imposizioni diverse, basate su fondamenti giuridici diversi"*.

I due presupposti giuridici erano diversi perché nell'uno era in gioco la tassazione di un "oggetto" (il reddito del non-residente) mentre nell'altro era in gioco la tassazione di un "soggetto" (il residente): se si fosse applicato lo stesso "modello" di analisi a *Schumacker*, si sarebbe detto che residente e non-residente erano comparabili perché la Germania, in quel caso, nella sostanza agiva nella qualità di Stato della residenza nei confronti d'entrambi.

Si ricorderà³⁷ che la Corte, dopo aver affermato che in *Truck Center* residente e non-residente non erano comparabili, ha proseguito l'analisi per accertare se – ciò nondimeno – il regime in discussione ammontava ad una "restrizione assoluta" (ovvero una *"even handed restriction"*), collocando questo caso, accanto a *Futura*, tra quelli nei quali l'integrazione negativa si è spinta oltre il principio del "trattamento nazionale".

La conclusione è stata poi nel senso che, né l'utilizzo della ritenuta (in luogo del versamento diretto)³⁸, né la sua applicazione al lordo dei costi³⁹ costituivano una restrizione al diritto di stabilimento.

Nel secondo caso (*"origin"*) poc'anzi rammentato, *Orange European Smallcap Fund NV*, la Corte veniva interpellata in relazione al regime di tassazione applicato dai Paesi Bassi ai dividendi percepiti da organismi di investimento collettivo a capitale variabile ivi residenti.

Conviene premettere che le problematiche affrontate in questo caso attengono alla doppia imposizione giuridica internazionale dei dividendi in questione, ovvero al prelievo attuato nei confronti del socio: (i) dallo Stato della fonte (che applichi una ritenuta in uscita su detti dividendi) e (ii) dallo Stato della residenza del socio medesimo (che faccia concorrere i dividendi in questione alla determinazione della sua base imponibile complessiva o separata). La fattispecie, quindi, non si lascia in alcun modo accostare a quelle affrontate, rispettivamente, da una prospettiva *"host"* e *"origin"* nei paragrafi 5.3.2. e 6.2.5. che seguono e riguardanti, invece, il problema della doppia imposizione economica internazionale dei dividendi; ossia il prelievo

³⁷ Per averne parlato al paragrafo 5.1.2. del Capitolo III.

³⁸ *Truck Center*, § 67.

³⁹ *Id.*, § 70.

attuato (i) dallo Stato della fonte nei confronti della società (e avente ad oggetto il suo utile) e (ii) dallo Stato della residenza del socio nei confronti del socio stesso (e avente ad oggetto i dividendi medesimi).

Ciò premesso, e tornando al regime oggetto della causa principale, esso stabiliva che:

(i) ai dividendi di fonte domestica era applicata una ritenuta alla fonte in sede di loro distribuzione da parte della società residente, ma essa veniva poi rimborsata all'organismo di investimento collettivo che non subiva ulteriore prelievi (questi dividendi erano, dunque, esenti da imposizione)⁴⁰;

(ii) i dividendi di fonte estera, invece, erano in taluni casi soggetti ad un prelievo alla fonte (come nel caso dei dividendi distribuiti da società residenti in Germania e Portogallo) ma, come quelli di fonte domestica, non erano tassati in capo all'organismo di investimento collettivo (questi dividendi, dunque, erano se del caso tassati solo nello Stato della fonte)⁴¹.

La conseguenza di quest'assetto era che i dividendi di fonte estera – quando lo Stato di residenza della società distributrice applicava una ritenuta alla fonte – scontavano un prelievo superiore a quelli di fonte domestica⁴².

Il ricorrente, in ciò sostenuto dalla Commissione, riteneva che poiché i Paesi Bassi rimborsavano integralmente l'imposta trattenuta sui dividendi distribuiti dalle società olandesi, essi fossero tenuti a compensare anche l'imposta trattenuta sui dividendi in Germania e in Portogallo⁴³.

La Corte ha correttamente osservato che se è vero che “(...) i dividendi provenienti dalla Germania e dal Portogallo risultano assoggettati ad un onere tributario più pesante rispetto a quello gravante sui dividendi distribuiti da società olandesi (...)”⁴⁴, è altrettanto vero che “(...) tale svantaggio non è imputabile alla normativa olandese in questione nella causa principale, bensì de-

⁴⁰ *Orange European Smallcap Fund NV*, § 5 e 6.

⁴¹ *Id.*, § 7. La normativa interna prevedeva che l'eventuale ritenuta estera fosse rimborsata solo nei limiti in cui essa sarebbe stata rimborsabile ad un socio-persona fisica in base alla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra i Paesi Bassi e lo Stato di residenza della società distributrice. La convenzione con la Germania non prevedeva tale rimborso mentre, all'epoca dei fatti, non era stata stipulata alcuna convenzione con il Portogallo. Di conseguenza, le ritenute applicate da questi due Stati nei confronti dei dividendi versati all'organismo di investimento collettivo non erano rimborsabili nei Paesi Bassi.

⁴² *Id.*, § 22.

⁴³ *Id.*, § 24.

⁴⁴ *Id.*, § 37.

*riva dall'esercizio parallelo, da parte degli Stati membri in cui sono stabilite le società distributrici e dello Stato membro in cui è stabilita la società beneficiaria, della loro competenza tributaria, caratterizzato dalla scelta dei primi di assoggettare i dividendi distribuiti ad un'imposizione a catena nonché dalla scelta dei Paesi Bassi di astenersi da qualsiasi imposizione sui dividendi in capo agli organismi di investimento collettivo a carattere fiscale*⁴⁵.

Da questo passaggio si comprende perché il caso *Orange European Smallcap Fund NV* sia stato già citato al paragrafo 4.2. del capitolo II come esempio, assieme ai casi *Kerckabert and Morres*, *Block* e *Damseaux*, del solido orientamento giurisprudenziale che considera compatibili con il diritto comunitario gli ostacoli determinati dall'esercizio in parallelo di due giurisdizioni fiscali rispetto a una stessa fattispecie; ovvero, detto diversamente, che riconosce agli Stati membri autonomia nella definizione dei criteri tramite i quali allocare le rispettive potestà impositive.

Ma la ragione che giustifica il richiamo di questo caso in questa sede è data dalla innovativa – rispetto ai casi sopra citati – spiegazione che la Corte ha fornito a questo proposito; spiegazione che recepisce plasticamente la dottrina coniata a partire da *ACT IV GLO*.

È certo, si segnala al paragrafo 39 della sentenza, che qualora uno Stato membro “(...) adotti un sistema per prevenire o attenuare l'imposizione a catena o la doppia imposizione economica nel caso di dividendi versati a residenti da società residenti, deve concedere un trattamento equivalente ai dividendi versati a residenti da società non residenti”.

Infatti, “(...) la situazione di azionisti residenti in uno Stato membro che percepiscano dividendi da una società stabilita in questo stesso Stato è analoga a quella di azionisti residenti nel detto Stato che percepiscano dividendi da una società stabilita in un altro Stato membro, in quanto sia i dividendi di origine nazionale sia quelli di origine estera possono costituire l'oggetto di un'imposizione a catena”.

Tuttavia, ha puntualizzato la Corte applicando la dicotomia tra “obbligazioni dello Stato della fonte” e “obbligazioni dello Stato della residenza”, “(...) la qualità di Stato membro di residenza della società beneficiaria dei dividendi non può comportare l'obbligo, per tale Stato membro, di compensare uno svantaggio fiscale derivante da un'imposizione a catena interamente effettuata dallo Stato membro nel cui territorio è stabilita la società distributtrice di tali

⁴⁵ *Ibidem*.

dividendi, atteso che il primo Stato membro non tassa né prende in considerazione in modo differente, in capo agli organismi di investimento collettivo stabiliti nel suo territorio, i dividendi percepiti".⁴⁶

Quella che vediamo qui è, dunque, un'interessante "saldatura" tra la regola espressa sin da *Gilly* – circa la compatibilità comunitaria, all'attuale stadio di sviluppo dell'integrazione positiva, delle sovrapposizioni tra giurisdizioni fiscali così come dei difetti di coordinamento tra le medesime – e la valutazione della comparabilità del "migrante" e del "non-migrante" incentrata sulle obbligazioni gravanti, rispettivamente, sullo Stato della fonte e su quello della residenza. In *Orange European Smallcap Fund NV*, in particolare, la Corte ha chiarito che il "residente migrante" (perché aveva investito nel capitale di società non residenti) e quello "non-migrante" (perché aveva investito nel capitale di società residenti) non erano comparabili perché solo i dividendi ricevuti dal secondo erano attribuiti alla giurisdizione fiscale dei Paesi Bassi. In particolare, siccome essi, quale Stato della residenza, avevano *tout court* rinunciato a tassare i dividendi di fonte estera, il "migrante" si trovava in una posizione di non-comparabilità assoluta rispetto a qualsiasi forma di agevolazione che fosse garantita al "non-migrante", come in specie il rimborso dell'imposta trattenuta alla fonte in sede di distribuzione dei dividendi di fonte domestica.

4.2. I limiti della visione incentrata sulle obbligazioni degli Stati rispetto a quella incentrata sulla dicotomia migrante/non-migrante

L'analisi della "dottrina Geelhoed" ci ha offerto un diverso modo di indagare il rispetto del principio del "trattamento nazionale" indicandoci altresì il criterio con il quale la Corte ha deciso casi importanti come *ACT IV GLO* e *Truck Center*.

La comparabilità, così, può studiarsi da due prospettive:

quella del contribuente, analizzando il trattamento rispettivamente riservato al "migrante" e al "non-migrante";

quella dello Stato, analizzando le sue obbligazioni a seconda che esso agisca come Stato della residenza o della fonte.

In linea di principio, le due prospettive conducono allo stesso risultato finale. Va però segnalato che la convergenza degli esiti della seconda con quelli della prima è ottenibile, in taluni casi, solo attraverso un percorso che include la valutazione di elementi che non

⁴⁶ *Id.*, § 41.

riguardano, a stretto rigore, la comparabilità attenendo, piuttosto, a quelle che la Corte considera cause di giustificazione desumibili dal principio di ragionevolezza.

Il caso *Marks & Spencer* costituisce un utile esempio al riguardo.

La rimessione alla Corte di giustizia riguardava il regime di tassazione consolidata vigente nel Regno Unito. In particolare, *Marks & Spencer*, una società residente posta al vertice di un gruppo multinazionale, aveva avanzato la richiesta di dedurre dal proprio utile fiscale le perdite sopportate dalle consociate stabilite in altri Stati membri, così come consentito rispetto a quelle sopportate dalle consociate residenti (c.d. "*group tax relief*"); tale richiesta veniva respinta dalle competenti autorità in quanto, secondo la legge applicabile, "(...) *uno sgravio di gruppo potrebbe essere accordato solo per perdite occorse nel Regno Unito*"⁴⁷.

Si deve far presente – per l'importanza giocata da questo aspetto agli effetti dell'applicazione del Principio di ragionevolezza e della distinzione di *Marks & Spencer* con altri casi successivi quali, in particolare, *X Holding BV*⁴⁸ – che le perdite delle quali la società-madre chiedeva la presa in considerazione nel proprio Stato di residenza erano derivate da consociate – residenti in Francia, Belgio e Germania – che avevano cessato la propria attività o che erano state cedute a terzi⁴⁹.

La Corte veniva quindi investita della questione se una simile diversità di trattamento ammontasse ad una restrizione al pieno esercizio del diritto di stabilimento.

L'approccio analitico della Corte alla questione rispecchia fedelmente lo schema utilizzato a partire da *Daily Mail* ed in tutti i casi "*origin*" che gli sono seguiti.

Primo: si è accertato che il regime controverso garantiva un vantaggio di natura finanziaria:

*"Accelerando lo smaltimento delle perdite di società in deficit mediante la loro imputazione immediata ai redditi di un'altra società del gruppo, esso (regime, n.d.r.) conferisce a quest'ultimo un vantaggio di cassa"*⁵⁰.

Secondo: sul presupposto che la "società-madre-residente-non-migrante" (al quale era consentita la compensazione infragruppo delle perdite) e la "società-madre-residente-migrante" (al quale essa

⁴⁷ *Marks & Spencer*, § 24.

⁴⁸ Su cui vedi il paragrafo 3.3.2. del Capitolo V.

⁴⁹ *Id.*, § 21.

⁵⁰ *Id.*, § 32.

era, invece, preclusa) erano comparabili, si è riconosciuto che l'impossibilità per una società residente nel Regno Unito di compensare le perdite sofferte dalla proprie consociate non residenti "(...) *può ostacolare il suo* (della società-madre-residente, n.d.r.) *esercizio della libertà di stabilimento, dissuadendola dalla creazione di controllate in altri Stati membri*"⁵¹.

Terzo: si è concluso che un simile trattamento, quindi, rappresentava "(...) *una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 43 CE e 48 CE, in quanto introduce un diverso trattamento fiscale tra le perdite subite da una controllata residente e quelle subite da una controllata non residente*"⁵².

Ora, se si fosse utilizzato lo schema analitico incentrantesi sulle diverse obbligazioni, rispettivamente, dello Stato della fonte e dello Stato della residenza, l'approdo non sarebbe stato quello che si è sopra descritto; e non sorprende, quindi, che l'Avvocato generale Gellhoed abbia poi criticato, proprio nelle conclusioni relative al caso *ACT IV GLO*⁵³, la sentenza resa in *Marks & Spencer*.

In effetti, non avendo il Regno Unito "esteso" la propria competenza fiscale ai redditi (positivi o negativi) di fonte estera delle consociate estere delle società-madre residenti, esso non era tenuto – nella sua qualità di Stato della residenza di queste ultime – a garantire a quei redditi (positivi o negativi) lo stesso trattamento applicato ai redditi (positivi o negativi) delle consociate residenti.

Così, se in *Manninen* la Finlandia era stata obbligata a estendere il trattamento previsto per i redditi (dividendi) di fonte domestica a quelli di fonte estera perché entrambi erano attratti alla sua giurisdizione fiscale, in *Marks & Spencer* ciò non doveva essere giudicato necessario perché il Regno Unito, invece, non aveva attratto alla propria giurisdizione i redditi (delle proprie consociate non residenti) di fonte estera.

In realtà, e come vedremo meglio nel prossimo capitolo, la Corte è giunta alla stessa conclusione di principio: vale a dire che, salvo ricorra la fattispecie delle c.d. "perdite finali"⁵⁴, lo Stato della residenza della società-madre non è tenuto a prendere in considerazione le perdite conseguite dalle consociate estere fuori del proprio territorio. Tale conclusione, tuttavia, non è stata raggiunta perché il

⁵¹ *Id.*, § 33.

⁵² *Id.*, § 34.

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, rese nel caso *ACT IV GLO*, § 65.

⁵⁴ Vedi, per la relativa nozione, il paragrafo 3 del Capitolo V.

“residente-migrante” (società-madre con consociate non-residenti) e il “residente-non-migrante” (società-madre con consociate residenti) non fossero comparabili⁵⁵ – come vorrebbe la lettura suggerita dall’Avvocato generale Gellhoed –, ma perché la restrizione cagionata dal loro diverso trattamento è stata giustificata alla luce del concorso di tre motivi imperativi di interesse pubblico: la “tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri”⁵⁶, la “necessità di prevenire il rischio che perdite siano prese in considerazione due volte”⁵⁷ e la “necessità di prevenire l’elusione fiscale”⁵⁸.

Con parole diverse, se il caso in esame è letto avendo riguardo al criterio delle obbligazioni rispettivamente gravanti sullo Stato della residenza e della fonte, si giunge facilmente alla conclusione che il “migrante” ed il “non-migrante” non erano comparabili, non avendo il Regno Unito, quale Stato della residenza della casa-madre, giurisdizione fiscale sui redditi delle consociate non-residenti; se esso viene, invece, esaminato confrontando direttamente la situazione del “migrante” e del “non-migrante”, ci si accorge che l’unico elemento che teoricamente si frapponeva alla loro comparabilità era dato dalla circostanza che una delle due situazioni – quella del “migrante” – si caratterizzava per la sussistenza di un elemento di estraneità; elemento che, tuttavia e come noto, è irrilevante agli effetti dell’operatività del principio del “trattamento nazionale”.

In conclusione, va preso atto che, ragionando esclusivamente intorno ai “ruoli” degli Stati membri, si rischia di non cogliere il contenuto protezionistico di taluni regimi come quello appena esaminato. Al riguardo, non va dimenticato che la giurisprudenza comunitaria si è spinta addirittura oltre il principio del “trattamento nazionale”, quando si è trattato di abbattere le restrizioni non discriminatorie; onde dovrebbero lasciare tutto sommato tiepidi quelle

⁵⁵ Il fatto che tali situazioni siano comparabili è poi ripetuto dalla Corte in *X Holding BV* dove al paragrafo 24 afferma testualmente: “*Orbene, la situazione di una società controllante residente che intende costituire un’entità fiscale unica con una controllata residente e quella di una società controllante residente che desidera costituire un’entità fiscale unica con una controllata non residente sono, alla luce dell’obiettivo di un regime fiscale come quello della causa principale, oggettivamente comparabili, dal momento che entrambe mirano a trarre vantaggio da tale regime, che consente, in particolare, di consolidare in capo alla società controllante gli utili e le perdite delle società comprese nell’entità fiscale unica e di attribuire carattere fiscalmente neutro alle operazioni intragruppo*”.

⁵⁶ *Marks & Spencer*, § 46.

⁵⁷ *Id.*, § 48.

⁵⁸ *Id.*, § 50.

fattispecie nelle quali, invece, la Corte si è “limitata” a fare un’applicazione piana di siffatto principio.

5. La comparazione tra il “non-residente-migrante” ed il “residente-non-migrante” (ottica “*host*”)

5.1. Premessa

Sappiamo a questo punto che il funzionamento di uno dei principali capisaldi dell’integrazione negativa – il divieto di “discriminazione” – presuppone un confronto tra situazioni “analoghe” ovvero “comparabili”.

Tale esigenza ha prodotto ramificazioni di non poco conto quando si è trattato di declinare il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità – e in particolare le libertà fondamentali che quel divieto hanno recepito – nella materia tributaria, dove la nazionalità ha un ruolo assolutamente marginale.

Si comprende così l’importanza del principio espresso nel rammentato caso *Sotgiu*, ove la Corte ha affiancato al concetto di discriminazione “diretta” – perché direttamente basata sulla nazionalità –, quello di discriminazione “indiretta”, dove l’aggettivazione vuole mettere in evidenza che la discriminazione sulla nazionalità è la conseguenza mediata di una discriminazione incentrata su un altro criterio.

E tale criterio, come noto, è principalmente quello della residenza per quanto attiene all’imposizione diretta.

Salvo “mettere fuori legge” l’intero diritto tributario domestico e internazionale – siccome incentrato sul diverso trattamento riservato ai “residenti” ed ai “non residenti” –, la Corte non ha potuto fare altro che dare atto della non-comparabilità di fondo degli uni con gli altri.

Tale enunciazione di principio – che, come si è visto, trova la sua più articolata spiegazione e giustificazione nelle conclusioni dell’Avvocato generale Legèr formulate a margine del caso *Schumacker* – ha tuttavia subito tante e tali eccezioni da metterne seriamente in crisi lo stesso *status* di principio generale.

In effetti, la “migrazione” del non residente nello Stato ospitante (*id est*: l’esercizio da parte di costui di una libertà fondamentale in tale Stato) determina delle situazioni in fatto e in diritto che, o assomigliano molto alla residenza (come in *Avoir Fiscal* o *Schumacker*) oppure, comunque, non tollerano un trattamento diverso avuto riguardo – e questo come sappiamo è un punto cru-

ziale – allo *scopo* della norma della cui compatibilità comunitaria si discute.

La valutazione della comparabilità tra chi “migra” e chi non “migra” rappresenta dunque un architrave fondamentale della giurisprudenza “dello Stato ospitante” della Corte, essa operando come “via d’accesso” alla fruibilità dei diritti soggettivi derivanti dalle libertà fondamentali; ciò nel senso che se è vero che il non residente – in quanto tale – non ha diritto al “trattamento nazionale” riservato al residente, è altrettanto vero che il non residente il quale “migra” avvalendosi di una libertà di movimento può divenire comparabile al residente e, quindi, “acquisire” tale diritto senza la necessità di diventare esso stesso un residente. È ovvio, difatti, che se l’accesso al trattamento nazionale da parte del non residente dovesse passare attraverso l’acquisto da parte sua della residenza (che è poi l’argomento sostenuto dal Governo francese nel caso *Avoir fiscal*), si priverebbero le libertà fondamentali della funzione “trasformativa” che la Corte gli ha viceversa riconosciuto.

5.2. La società non-residente che “migra” costituendo una sede secondaria nello Stato ospitante è comparabile a una società residente se l’una e l’altra sono tassate nello stesso modo

Avoir fiscal è, come noto, il primo caso nel quale la Corte ha esteso l’integrazione negativa al settore dell’imposizione diretta.

Abbiamo già posto l’accento sulla circostanza che la relativa sentenza conteneva gran parte degli elementi sui quali la Corte costruirà la sua giurisprudenza successiva. Tra questi, si ricordano:

(i) la duplice verifica incentrata, rispettivamente, sulla sussistenza di una discriminazione (*id est*: una restrizione discriminatoria) o di una restrizione (*id est*: una restrizione non discriminatoria)⁵⁹;

(ii) il riferimento al diverso trattamento sulla base della residenza quale possibile indice di una discriminazione sulla base della nazionalità⁶⁰;

⁵⁹ *Avoir Fiscal*, § 15: “È chiaro dunque che i due mezzi dedotti dalla Commissione, cioè la discriminazione, da parte delle leggi francesi, delle succursali ed agenzie di imprese assicuratrici stabilite in altri Stati membri, rispetto a quelle società stabilite in Francia, e la restrizione della libertà di stabilimento nella forma di succursale ed agenzia nei confronti delle imprese assicuratrici straniere, sono strettamente connessi. Devono quindi essere esaminati congiuntamente”.

⁶⁰ Vedi nota successiva.

(iii) la regola che residenti e non residenti non sono di norma comparabili⁶¹;

(iv) il *test* comparativo tra il “non-residente migrante” e il “residente non migrante” volto a stabilire se il primo ha diritto o no al “trattamento nazionale”⁶²;

(v) l’espletamento del suddetto *test* comparativo avendo riguardo alla situazione in fatto ed in diritto del “migrante” e del “non-migrante” rispetto allo scopo della misura ritenuta incompatibile con il diritto comunitario⁶³.

Anche la sentenza resa nel caso *Saint Gobain ZN* racchiude concetti cruciali come, in special modo, l’appartenenza delle norme di diritto internazionale al “trattamento nazionale” e l’obbligo dello Stato ospitante di estendere i benefici da esso scaturenti anche ai “non residenti” che abbiano acquistato lo *status* di comparabilità mediante la loro “migrazione” nello Stato ospitante.

La regola della non-comparabilità di principio tra residenti e non-residenti trova inoltre in *Saint Gobain* una formulazione “tridimensionale”, così anticipando l’esito del caso *D: Tizio*, residente nello Stato (A), non può invocare i benefici previsti da una convenzione internazionale conclusa tra lo Stato ospitante (B)⁶⁴ e lo Stato (C)⁶⁵. La Corte, infatti, ha affermato che i benefici della convenzione stipulata tra lo Stato (B) e lo Stato (C) non devono essere estesi a tutti i non-residenti, ma solo a quelli che, “mi-

⁶¹ *Id.*, § 19: “Anche se non si può escludere assolutamente che la distinzione a seconda della sede di una società oppure la distinzione a seconda della residenza di una persona fisica sia, in determinate circostanze, lecita in un campo come quello del diritto tributario, va detto nella fattispecie che le disposizioni fiscali francesi, per quanto riguarda la determinazione dell’imponibile ai fini dell’imposta sulle società, non distinguono affatto le società aventi la sede sociale in Francia dalle succursali e agenzie situate in Francia di società che abbiano sede all’estero”.

⁶² Vedi nota successiva.

⁶³ *Id.*, § 20: “La critica disciplina, poiché pone sullo stesso piano, ai fini della tassazione dei profitti, le società aventi la sede sociale in Francia e le succursali ed agenzie situate in Francia di società aventi sede all’estero, non può, senza creare una discriminazione, trattarle diversamente, ai fini dello stesso tributo, per quel che riguarda un vantaggio ad esso connesso, come il credito fiscale. Trattando in modo identico le due forme di stabilimento sotto il profilo della tassazione dei profitti realizzati, il legislatore francese infatti ha ammesso che non vi è fra le due categorie, per quel che riguarda le modalità ed i presupposti di detto tributo, alcuna obiettiva differenza di situazione che possa giustificare la differenza di trattamento”.

⁶⁴ Ossia lo Stato nel quale Tizio ha “migrato”.

⁶⁵ *Saint Gobain*, § 58.

grando" nello Stato (B), sono divenuti comparabili ai residenti di quest'ultimo Stato.

Sempre a questo riguardo – e, più in generale, al più ampio tema "MFN" (della "nazione più favorita") –, non si può non porre l'accento sulla risposta che la Corte ha offerto alla seguente obiezione formulata dal Governo svedese (a supporto della posizione della Germania) secondo la quale "(...) *le convenzioni sulla doppia imposizione si basano sul principio di reciprocità e (...) l'equilibrio inerente ad esse verrebbe meno se delle loro disposizioni potessero fruire anche società aventi sede in Stati membri che non sono parti contraenti di tali convenzioni*"⁶⁶.

Come si legge al paragrafo 59 della sentenza, la Corte ha correttamente replicato che, in realtà, il diritto comunitario non imponeva affatto alla Germania di venir meno agli impegni presi convenzionalmente con gli Stati Uniti d'America e la Svizzera, ma solo di estendere unilateralmente i vantaggi riservati alle società tedesche alle stabili organizzazioni in Germania di società non residenti⁶⁷; cosa che, in effetti, è la Germania stessa ad aver fatto, come si da atto al successivo paragrafo 60⁶⁸.

Il caso *Futura* è già stato ricordato perché esso rappresenta – secondo una possibile lettura della sentenza – una rara ipotesi di restrizione non discriminatoria in ambiente "*host*" (ovvero, una "*even handed restriction*").

⁶⁶ *Id.*, § 55.

⁶⁷ "Gli obblighi che il diritto comunitario impone alla Repubblica federale di Germania non compromettono affatto quelli derivanti dai suoi impegni nei confronti degli Stati Uniti d'America o della Confederazione svizzera. L'equilibrio e la reciprocità delle convenzioni stipulate dalla Repubblica federale di Germania con questi due paesi non verrebbero rimessi in discussione da un'estensione, decisa unilateralmente dalla Repubblica federale di Germania, dell'agevolazione fiscale prevista dalle suddette convenzioni, nel caso di specie il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposte sulle società, poiché una tale estensione non pregiudicherebbe affatto i diritti dei paesi terzi parti contraenti delle convenzioni e non imporrebbe loro nuovi obblighi".

⁶⁸ "Occorre peraltro aggiungere che il legislatore tedesco non ha ritenuto che le disposizioni delle convenzioni sulla doppia imposizione stipulate con paesi terzi impedissero una rinuncia unilaterale della Repubblica federale di Germania a riscuotere un'imposta sui dividendi da partecipazioni in società straniere poiché, adottando lo *Standortsicherungsgesetz* del 13 settembre 1993, esso ha unilateralmente esteso ai centri di attività stabili di società non residenti le agevolazioni fiscali in materia di imposta sulle società, ponendo così termine alla differenza di trattamento fiscale tra le predette società e le società aventi la sede o la direzione commerciale in Germania".

Il trattamento fiscale rispetto al quale si è giocato uno dei due giudizi di comparabilità⁶⁹ riguardava la necessità – imposta solo al non-residente – che le perdite suscettibili di deduzione fiscale fossero esclusivamente quelle derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato (il Lussemburgo)⁷⁰.

La Corte ha condotto il *test* di comparabilità su due piani: quello “interno” (riferito cioè alle attività svolte in Lussemburgo) e quello “esterno” (riferito alle attività svolte fuori dal territorio lussemburghese).

Con riferimento al primo versante, la Corte ha osservato che residenti e non-residenti erano comparabili perché il Lussemburgo li tassava entrambi sulla base degli utili e delle perdite derivanti da attività svolte nel territorio di tale Stato. Con riguardo invece al secondo versante, residenti e non-residenti non erano comparabili poiché – in conformità al principio di territorialità recepito dalla prassi internazionale – solo il residente (diversamente dal non-residente) era tassato anche sulla base degli utili e delle perdite derivanti da attività svolte fuori del territorio⁷¹.

Pertanto:

(i) se, sul primo versante, non vi era discriminazione perché residenti e non-residenti erano trattati allo stesso modo (ovvero tassati sulla base degli utili e delle perdite derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato);

(ii) sul secondo non vi era discriminazione in quanto, pur essendo residenti e non-residenti trattati in modo diverso (solo per i residenti si prendevano in considerazione anche le perdite conseguite da attività svolte fuori del territorio dello Stato), i medesimi non erano comparabili. In altre parole, la Corte ha escluso che il diverso trattamento – con riguardo al profilo della presa in considerazione delle perdite sofferte al di fuori del territorio dello Stato ospitante – dei residenti e dei non-residenti ammontava a una discriminazione perché essi – rispetto a quello specifico profilo – non erano comparabili.

L'assenza di una discriminazione – a sua volta costituente il portato dell'assenza di comparabilità – non ha impedito, come poc'anzi ricordato, di proseguire l'analisi sul terreno della “restrizione assoluta” giungendo comunque alla conclusione che il regime lussemburghese – in linea di principio e salva l'operatività del principio di

⁶⁹ L'altro essendo quello della tenuta di una doppia contabilità.

⁷⁰ *Futura*, § 18.

⁷¹ *Id.*, § 20 e 21.

ragionevolezza – impattava sull'esercizio del diritto di stabilimento del "non-residente-migrante".

In *CLT-UEA*⁷² si è posta all'attenzione della Corte la legislazione tedesca, laddove essa prevedeva l'applicazione di una diversa aliquota d'imposta sull'utile:

(i) delle stabili organizzazioni di società non residenti;

(ii) e delle società residenti nell'ipotesi che tale utile era interamente distribuito alla società madre (indipendentemente dalla sua residenza).

È interessante come in questo caso, "a monte" della comparazione tra il "residente-non-migrante" (la società-figlia residente) e il "non-residente-migrante" (la società non-residente con stabile organizzazione nello Stato ospitante), si intraveda un confronto tra diverse forme di stabilimento, quella appunto della costituzione di una società-figlia e quella della costituzione di una stabile organizzazione⁷³.

La Corte, richiamandosi sul punto ad *Avoir fiscal*⁷⁴, ha posto l'accento sul fatto che – nella dimensione "bost" – le diverse forme di stabilimento sono equipollenti e che il Trattato non ammette che esse siano trattate in modo diverso.

Si può osservare che il confronto non è intercorso tra una stabile organizzazione di una società non-residente ed una "qualsiasi" società residente, ma con una società residente che avesse distribuito tutto l'utile ai soci; situazione che dava a detta società il diritto di beneficiare di un'aliquota d'imposta ridotta, sia rispetto a quella ordinaria, sia e soprattutto, rispetto a quella applicabile alle stabili organizzazioni di società non residenti.

La Corte ha osservato, in proposito, che:

"In entrambi i casi, gli utili sono posti a disposizione della società che controlla rispettivamente la controllata e la succursale. Infatti, l'unica vera differenza tra dette due situazioni consiste nel fatto che la distribuzione degli utili di una controllata alla sua società capogruppo presuppone l'esistenza di una decisione formale al riguardo, mentre gli utili di una succursale di una società fanno

⁷² Causa C-253/03.

⁷³ Detto diversamente, la fattispecie si presta ad essere vista (in senso atecnico) anche come un confronto tra due "migranti": quello che costituisce una stabile organizzazione e quello che costituisce una società-figlia.

⁷⁴ Si ricorderà che il Governo francese aveva obiettato che se le società non residenti volevano beneficiare del credito d'imposta sui dividendi non dovevano far altro che costituire in territorio francese una società-figlia anziché una sede secondaria.

*parte del patrimonio di tale società anche in mancanza di una decisione formale*⁷⁵.

In effetti, la Corte ha preso atto del fatto che una stabile organizzazione è parte integrante della società non residente e che, quindi, il “suo” utile è in effetti un utile della società. Da qui la possibilità di equiparare tra la stabile organizzazione stessa ed una società residente agli effetti di una norma agevolativa la cui applicazione presupponeva l'integrale distribuzione dell'utile conseguito.

5.3. Il non-residente che migra investendo in o mantenendo una partecipazione in una società residente è comparabile al residente che investe in o mantiene una partecipazione nella stessa società

5.3.1. Premessa

Nel paragrafo precedente si è trattato della comparabilità tra una stabile organizzazione di un soggetto non-residente e una società residente. Adesso spostiamo l'analisi avendo riguardo ad una diversa forma di stabilimento del non-residente; vale a dire la costituzione (o l'investimento nel capitale) di una società affiliata nello Stato ospitante. La differenza rispetto allo scenario che si è appena finito di esaminare è che, mentre una sede secondaria o una stabile organizzazione sono parte integrante della società non-residente e la sua considerazione come entità separata avviene solo per finalità specifiche (come ai fini IVA), una società affiliata è un soggetto del tutto autonomo dal proprio socio non-residente. Ciò precisato, la comparazione avviene tra la situazione dei soci di una società residente a seconda che essi siano non-residenti (e, dunque, “migranti”) oppure residenti (e, quindi, “non-migranti”).

5.3.2. Agli effetti dell'applicabilità dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione economica sui dividendi

In *Avoir fiscal* era stata, come noto, messa in dubbio la compatibilità della normativa nazionale sul credito d'imposta spettante sui dividendi corrisposti da società residenti in Francia; la ragione essendo che tale credito non era riconosciuto ai soci non-residenti di dette società, nonostante che essi fossero “migrati” in tale Stato, ivi costituendo una stabile organizzazione alla quale erano intestate le partecipazioni produttive dei dividendi.

⁷⁵ CLT-UEA, § 23.

La questione dell'estensione ai "soci-non-residenti-migranti" dei vantaggi fiscali garantiti ai "soci-residenti-non-migranti" per eliminare/attenuare la doppia imposizione economica soci/società è stata oggetto di un'ampia casistica che, in larga misura, abbiamo già trattato. In particolare, è proprio con riguardo a una simile fattispecie – dedotta, come noto, nel caso *ACT IV GLO* – che è stata chiarita la dicotomia tra le obbligazioni gravanti sullo Stato della residenza e quelle gravanti sullo Stato della fonte⁷⁶.

Nei casi ora all'esame, lo Stato membro si trovava nella posizione di "Stato della fonte", onde esso è stato chiamato a trattare i redditi dei non-residenti – da tale Stato tassati alla fonte, nell'esercizio della propria competenza fiscale – in modo non meno favorevole di come esso trattava gli stessi redditi dei residenti.

Invero, la regola più volte enunciata vuole che, ove tale Stato preveda dei rimedi per la doppia imposizione economica dei dividendi versati da società residenti a soci residenti, l'accesso a tali rimedi dev'essere consentito anche quando detti soci siano non-residenti; poiché, infatti, la doppia imposizione è "causata", in entrambi i casi (soci residenti e soci non-residenti) dallo Stato della fonte per effetto della propria competenza fiscale sia sugli utili della società sia sui dividendi pagati ai soci, ne discende che, le due situazioni sono tra loro comparabili.

La problematica, oltre appunto che in *ACT IV GLO*, si è posta in termini concettualmente simili nei casi: *Denkavit*⁷⁷ e *Amurta*, nei quali ci siamo già imbattuti; in *Fokus Bank*, dove la restrizione alla libera circolazione dei capitali – causata dalla mancata estensione del credito d'imposta sui dividendi distribuiti da società residenti ai soci non-residenti – sorgeva nell'ambito delle obbligazioni assunte dalla Norvegia con l'adesione all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo e in *Commission v. Italy*, che si è pure già esaminato.

Il caso *Aberdeen*⁷⁸, pur immettendosi nella scia degli altri sopra rammentati, si distingue per un elemento non secondario, ed ossia che il socio non-residente (una SICAV lussemburghese) non era soggetto a imposizione nel proprio Stato di residenza sui dividendi distribuiti dalla società-figlia residente in Finlandia. Quindi, mentre i dividendi versati alle società-madri residenti in Finlandia erano tassati "nelle mani" di queste ultime; quelli versati alla SICAV residente in Lussemburgo andavano ivi esenti da imposizione.

⁷⁶ Vedi il paragrafo 4.1. di questo Capitolo.

⁷⁷ Vedi il paragrafo 5.3.2. di questo Capitolo.

⁷⁸ Causa C-303/07.

Tale circostanza, tuttavia e correttamente, non ha inficiato la comparabilità tra la SICAV e un'ipotetica società-madre residente agli effetti della spettanza del vantaggio fiscale (esenzione da ritenuta alla fonte) previsto per prevenire la doppia imposizione economica sui dividendi.

Come, infatti, puntualmente replicato a una osservazione formulata dal Governo italiano, non è neppure rilevante l'argomentazione secondo la quale, “(...) poiché il Granducato del Lussemburgo non assoggetterebbe ad imposta i redditi di una SICAV, l'imposizione a catena non sarebbe operata a livello di quest'ultima, bensì a livello dei suoi azionisti e dovrebbe essere evitata da parte dello Stato membro nel quale questi ultimi risiedono”.

Infatti, ed è questo il punto fondamentale, “(...) proprio la Repubblica di Finlandia, nell'assoggettare ad una ritenuta alla fonte i redditi già tassati a livello della società distributrice, genera l'imposizione a catena, imposizione che questo Stato membro ha scelto di evitare rispetto ai dividendi distribuiti alle società residenti”⁷⁹.

È uscita, dunque, confermata la comparabilità tra le due tipologie di soci (residente e non-residente) perché “(...) le differenze esistenti tra una SICAV di diritto lussemburghese e una società per azioni di diritto finlandese, invocate dai governi finlandese e italiano, non sono sufficienti a determinare una distinzione oggettiva rispetto all'esenzione dalla ritenuta alla fonte sui dividendi percepiti”⁸⁰.

5.3.3. Agli effetti della compensazione infragruppo delle perdite

Con il caso Oy A⁸¹ si è posto alla Corte il problema del diverso regime fiscale rispettivamente riservato dalla Finlandia alle società residenti facenti parte di un gruppo a seconda che la loro rispettiva società-madre fosse a sua volta residente o non-residente: mentre nel primo caso, i trasferimenti finanziari a favore della propria controllante (che detenesse almeno il 95% del capitale della controllata e nei cui confronti il trasferimento risultasse simmetricamente tassabile) erano fiscalmente deducibili, nel secondo caso no.

Lo scopo di tale regime era di eliminare gli svantaggi fiscali dei gruppi societari, permettendo una perequazione tra le società in utile e quelle in perdita⁸².

⁷⁹ *Aberdeen*, § 54.

⁸⁰ *Id.*, § 55.

⁸¹ Causa C-231/05.

⁸² *Oy A*, § 36.

La fattispecie è di non facile inquadramento.

A un primo sguardo sembrerebbe un caso "origin". In favore di una simile qualificazione milita il fatto che

(i) la questione pregiudiziale era stata sollevata da una società residente con riguardo a una restrizione – non-deducibilità dei trasferimenti finanziari – imposta nei suoi confronti e

(ii) la comparazione stessa è stata condotta dalla Corte avendo riguardo alla situazione, rispettivamente, di due società residenti:

*"(...) la mera circostanza che le società madri con sede in un altro Stato membro non siano soggette ad imposta in Finlandia non differenzia, in rapporto all'obiettivo perseguito dalla disciplina finlandese dei trasferimenti finanziari intragruppo, le consociate di tali società madri dalle consociate delle società madri la cui sede si trova in Finlandia e non rende non comparabile la situazione di tali due categorie di consociate"*⁸³.

D'altra parte, non v'è dubbio che la "migrazione" e, dunque, l'esercizio del diritto di stabilimento sia da attribuire a una società non-residente:

*"Una disparità di trattamento tra consociate residenti in funzione del luogo della sede della loro società madre costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento in quanto scoraggia l'esercizio di tale libertà da parte delle società stabilite in altri Stati membri, le quali potrebbero di conseguenza rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una consociata nello Stato membro che emana tale misura"*⁸⁴.

Quest'ultimo dato sembra decisivo perché indica la posizione – "host" – dalla quale lo Stato membro ha ostacolato la "migrazione" di un soggetto comunitario.

In effetti, è vero che la mancata estensione al non-residente del "trattamento nazionale" impattava in prima battuta sulla consociata residente – la quale non poteva dedurre il trasferimento finanziario –, ma la posizione giuridica soggettiva tutelata dal diritto comunitario faceva capo alla società-madre non-residente che vedeva frustrato il proprio diritto a stabilirsi in Finlandia e a vedere il proprio "stabilimento" (esercitato nella forma della costituzione di una società controllata) trattato in modo non meno favorevole di un equipollente stabilimento attuato da una società-madre residente.

Detto in altri termini, la consociata residente che aveva eccepito la violazione del diritto comunitario da parte della Finlandia non

⁸³ *Id.*, § 38.

⁸⁴ *Id.*, § 81.

aveva – essa stessa – esercitato alcuna libertà fondamentale; onde, può dirsi che essa ha sostanzialmente fatto valere il diritto della propria controllante.

Un altro aspetto rilevante trattato in questa sentenza riguarda il tema della simmetria fiscale tra deduzione e imposizione.

La deducibilità fiscale dei trasferimenti finanziari a favore della propria società-madre era nel caso di specie condizionata alla circostanza che essi fossero imponibili in capo a quest'ultima. Ne è derivata la necessità di stabilire se la non-imponibilità in Finlandia del trasferimento stesso in presenza di una società-madre non-residente ridondasse:

(i) sulla comparabilità della situazione del “migrante” e del “non-migrante”, oppure

(ii) sulla “giustificabilità” della restrizione alla luce del Principio di ragionevolezza.

La Corte ha chiaramente – e anche correttamente – seguito la seconda strada.

Rinviano al prossimo capitolo l'analisi del percorso mediante il quale la Corte ha ritenuto la restrizione giustificata, vanno ora esaminate le ragioni che l'hanno determinata a non dare, invece, rilievo all'asimmetria tra deduzione e imposizione fiscale agli effetti della comparabilità tra “migrante” e “non-migrante”.

È vero, hanno preso atto i giudici, che in una situazione transfrontaliera non è possibile garantire che l'obiettivo della norma sia raggiunto poiché “(...) *quando il beneficiario non è soggetto all'imposta nello Stato membro dell'autore del trasferimento, quest'ultimo Stato membro non può garantire che il trasferimento sia considerato, per quanto concerne tale beneficiario, come reddito imponibile*”⁸⁵.

Tuttavia, è altrettanto vero che il rischio che alla deduzione fiscale nello Stato della consociata non corrisponda una tassazione nello Stato della casa-madre è facilmente ovviabile subordinando “(...) *la deducibilità del trasferimento finanziario intragruppo dei redditi imponibili del suo autore a condizioni connesse al trattamento riservato a tale trasferimento dall'altro Stato membro*”⁸⁶.

Questo punto è importante: ai fini della comparabilità, la circostanza che alla *deduzione* nello Stato (A) di residenza della controllata corrisponda una *tassazione* nello Stato (B) di resi-

⁸⁵ *Id.*, § 36.

⁸⁶ *Id.*, § 37.

denza della controllante è del tutto irrilevante. Ciò che, in effetti, rileva – affinché sia raggiunto lo scopo della norma – è che alla deduzione per la società controllata segua la tassazione per la società controllante, anche se le giurisdizioni ove avviene l'una e l'altra cosa sono diverse. Si tratta, evidentemente, di una conseguenza dell'operatività del principio del "trattamento nazionale" che abbiamo ritrovato in tante altre situazioni: in *Manninen* dove, nella prospettiva dello Stato d'origine, non rilevava che l'imposta societaria fosse corrisposta in Svezia affinché spettasse il credito d'imposta finlandese; oppure in *Commission v. Italy* dove, nella prospettiva dello Stato ospitante, non rilevava che l'imposta sui dividendi fosse corrisposta in altri Stati membri affinché spettasse la semi-esenzione in Italia.

Ne è conseguito, tornando al caso Oy AA, che "(...) *la mera circostanza che le società madri con sede in un altro Stato membro non siano soggette ad imposta in Finlandia non differenzia, in rapporto all'obiettivo perseguito dalla disciplina finlandese dei trasferimenti finanziari intragruppo, le consociate di tali società madri dalle consociate delle società madri la cui sede si trova in Finlandia e non rende non comparabile la situazione di tali due categorie di consociate*⁸⁷.

5.3.4. Agli effetti della disciplina antielusiva di contrasto alla "thin capitalization"

Al verificarsi di determinate condizioni sintomatiche di una condotta elusiva, molti Stati membri applicano un trattamento differenziato agli interessi passivi corrisposti da società controllate residenti alle proprie società-madre non-residenti onde contrastare gli arbitraggi fiscali ottenibili sfruttando il diverso regime impositivo normalmente riservato, rispettivamente, agli interessi medesimi ed ai dividendi: mentre i primi risultano deducibili dal reddito del soggetto che li eroga, i secondi, invece, non lo sono. Ciò giustifica che le società-madre, anziché patrimonializzare le proprie consociate, mettano a loro disposizione i capitali dei quali necessitano mediante finanziamenti fruttiferi.

Ora, fintantoché tale operazione si consuma in una dimensione interna, alla deduzione degli interessi in capo alla società controllata corrisponderà di norma un'equivalente tassazione in capo alla società controllante; ove, invece, la controllante sia non-residente, potrebbe verificarsi un disallineamento della deduzione e della tas-

⁸⁷ *Id.*, § 38.

sazione dovuta alla diversa aliquota applicata dallo Stato di residenza di quest'ultima società.

Nel caso *Lankborst-Hoborst*⁸⁸ veniva posta in questione la compatibilità della normativa sulla “*thin capitalization*” vigente in Germania. Essa prevedeva che, mentre gli interessi corrisposti a controllanti alle quali spettava il credito d'imposta sui dividendi erano deducibili per la consociata residente che li corrispondeva, quelli corrisposti a controllanti a cui non spettava detto credito non erano viceversa deducibili. Poiché il criterio della “spettanza del credito d'imposta sui dividendi” era di fatto equivalente a quello della residenza della società controllante – in quanto esso di norma spettava solo alle società residenti –, la Corte ha statuito che il diverso trattamento riservato al “migrante”, ossia alla società-madre non residente, rendeva “(...) *meno vantaggioso l'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle società stabilite in altri Stati membri, le quali potrebbero di conseguenza rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una controllata nello Stato membro che emana tale norma*”⁸⁹.

Questione del tutto analoga emergeva nel caso *Thin Cap Group Litigation*⁹⁰ riguardante la legislazione del Regno Unito. Come, tuttavia, noteremo nel prosieguo, la Corte – pur confermando la comparabilità del “residente-non-migrante” e del “non-residente-migrante” agli effetti del regime sulla “*thin capitalization*” – giungerà invece a conclusioni diverse in merito alla operatività del principio di ragionevolezza in questo caso per via della maggiore “specificità” (*id est*: maggiore capacità di selezionare tra situazioni di puro artificio e situazioni fisiologiche) della normativa controversa.

5.4. Il non-residente che “migra” svolgendo un'attività subordinata o indipendente nello Stato ospitante è comparabile al residente che svolge quella stessa attività

5.4.1. Agli effetti dell'aliquota d'imposta applicabile

Nel caso *Bibel*⁹¹ e nel successivo in termini *Commission v. Luxembourg* (c.d. *Bibel II*)⁹² la questione pregiudiziale sorgeva in relazione ad una norma vigente in Lussemburgo in base alla quale i

⁸⁸ Causa C-324/00.

⁸⁹ *Lankborst-Hoborst*, § 32.

⁹⁰ Già ricordato al paragrafo 5 del Capitolo II.

⁹¹ Causa C- 175/88.

⁹² Causa C-151/94.

contribuenti che erano risultati residenti solo per una parte del periodo d'imposta (perché avevano acquistato o perduto la residenza in corso d'anno) non avevano diritto ad ottenere il rimborso della differenza tra l'imposta proporzionale trattenuta dal datore di lavoro come ritenuta d'acconto e la (minore) imposta effettivamente dovuta applicando le aliquote progressive all'imponibile complessivo.

L'effetto di tale regime era che, a parità di reddito, il "migrante" subiva una tassazione più alta del "non-migrante".

La Corte ha ricordato che la libertà di circolazione dei lavoratori comporta l'abolizione di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità tra lavoratori comunitari, in particolare per quanto attiene alla loro remunerazione⁹³, e che tale principio sarebbe reso inoperante ove fosse inficiato da normative in materia di imposizione sul reddito di natura discriminatoria⁹⁴.

Facendo tesoro del principio espresso in *Sotgiu*⁹⁵, essa ha dunque ritenuto che, per quanto la norma in contestazione discriminasse tra residenti e non residenti (e non sulla base della nazionalità), l'eventualità che la residenza venisse acquistata o persa in corso d'anno era più comune si verificasse per cittadini di altra nazionalità; con il corollario che residenti e non-residenti potevano essere, agli effetti di questa normativa, ritenuti comparabili⁹⁶.

Il caso *Assher*⁹⁷ – deciso dalla Corte avendo riguardo al diritto di stabilimento, ma rapportabile anche alla libera circolazione dei lavoratori⁹⁸ – veniva sollevato in relazione all'aliquota d'imposta, pari

⁹³ *Bibel*, § 11.

⁹⁴ *Id.*, § 12.

⁹⁵ *Sotgiu*, § 11.

⁹⁶ In altre parole, sulla premessa che il regime in esame, per quanto formalmente rivolto ai non-residenti, si applicava – in via di fatto – ai soli cittadini comunitari di altra nazionalità, la Corte ha potuto affermare che esso equivaleva ad una discriminazione contro i cittadini che si erano avvalsi della libera circolazione dei lavoratori nel Lussemburgo.

⁹⁷ Causa C-107/94.

⁹⁸ Sebbene il giudice nazionale avesse sollevato la questione pregiudiziale in relazione alla libera circolazione dei lavoratori, la Corte ha notato che la libertà rilevante rispetto al caso sottoposto era il diritto di stabilimento (§ 25); ciò, peraltro, non senza aggiungere che in ogni caso "*il raffronto tra gli artt. 48 e 52 del Trattato mostra come essi siano basati sugli stessi principi per quanto riguarda sia l'ingresso ed il soggiorno nel territorio degli Stati membri delle persone rientranti nella sfera di applicazione del diritto comunitario sia il divieto di qualsiasi discriminazione nei loro confronti in base alla cittadinanza. Lo stesso vale per quanto riguarda l'esercizio, sul territorio degli Stati membri, di un'attività economica da parte di persone che rientrano nella sfera di applicazione del diritto comunitario*" (§ 27).

al 25%, prevista per il primo scaglione di reddito applicata dai Paesi Bassi ai lavoratori autonomi non residenti⁹⁹ il cui reddito risultasse prodotto per meno del 90% nel territorio di tale Stato membro, a fronte dell'aliquota del 13% applicata ai lavoratori autonomi residenti indipendentemente dal fatto che il loro reddito fosse o meno prodotto entro i confini nazionali.

La distinzione era giustificata con l'esigenza di evitare che i non-residenti, avendo tendenzialmente nello Stato della fonte solo una parte dei propri redditi, sfuggissero alla progressività dell'imposizione. In altre parole, l'asserita non comparabilità tra residenti e non residenti era motivata sulla base della circostanza che, se si fossero applicate le stesse regole a entrambe le categorie di contribuenti, il reddito complessivo dei primi avrebbe scontato nei Paesi Bassi un'imposizione progressiva mentre quello dei secondi la avrebbe tendenzialmente evitata¹⁰⁰.

La Corte, dando preliminarmente atto che, di norma, residenti e non residenti non sono comparabili, ha rilevato che nella specie, in base all'art. 24 della Convenzione contro le doppie imposizioni in essere tra i Paesi Bassi e lo Stato di residenza del lavoratore in questione (il Belgio), il reddito di lavoro autonomo di quest'ultimo, per quanto esente nello Stato di residenza stesso, era ivi computato agli effetti della determinazione dell'aliquota marginale applicabile sugli altri redditi dal medesimo posseduti (c.d. *exemption with progression*)¹⁰¹.

Il non residente, dunque, non era a ben vedere in grado di evitare la progressività del prelievo rispetto al reddito da esso prodotto nei Paesi Bassi quali Stato della fonte, per quanto detta progressività non si sarebbe realizzata nei Paesi Bassi ma nello Stato della resi-

⁹⁹ Costui, in effetti, era un cittadino olandese che svolgeva contemporaneamente la propria attività lavorativa sia nei Paesi Bassi che in Belgio. Trasferitosi in Belgio per risiedervi, il contribuente aveva continuato a svolgere la propria attività lavorativa nei Paesi Bassi. Rispetto ai redditi ivi prodotti i Paesi Bassi assumevano, pertanto, la posizione di Stato ospitante. A fronte della obiezione che la questione sollevata aveva carattere meramente interno (perché il contribuente era un cittadino olandese svolgente ivi una attività lavorativa) la Corte ha affermato al paragrafo 34 che *“un cittadino di uno Stato membro che esercita un' attività autonoma in un altro Stato membro, dove risiede, può invocare l'applicazione delle disposizioni dell'art. 52 del Trattato nei confronti del suo Stato di origine, nel cui territorio esercita un' altra attività autonoma, quando, a causa dell'esercizio di un' attività economica in uno Stato membro diverso dal suo Stato di origine, egli si trova nei confronti di quest' ultimo in una situazione analoga a quella di qualsiasi altro soggetto che faccia valere, nei confronti dello Stato ospitante, i diritti e le libertà garantiti dal Trattato”*.

¹⁰⁰ Asscher, § 46.

¹⁰¹ *Id.*, § 47.

denza attraverso la *exemption with progression*: la sua situazione, rispetto al "trattamento nazionale in questione, si rivelava pertanto ed in effetti comparabile a quella di un residente.

In altri termini, poiché il reddito prodotto nei Paesi Bassi – indipendentemente dal fatto che il contribuente fosse ivi residente o non residente – era comunque sottoposto ad una tassazione di tipo progressivo (nei Paesi Bassi stessi nel primo caso e nello Stato di residenza nel secondo), veniva meno la giustificazione del diverso trattamento delle due situazioni¹⁰².

5.4.2. Agli effetti dell'apprezzamento della complessiva capacità contributiva del contribuente: i non-residenti sono comparabili ai residenti solo se hanno conseguito la maggior parte del loro reddito nello Stato ospitante

5.4.2.1. Le spese sostenute nello Stato di residenza concernenti la situazione personale e familiare del contribuente

Come noto, secondo la "dottrina Schumacker", sebbene residenti e non-residenti possano, di regola, essere trattati diversamente poiché essi non si trovano in una situazione analoga¹⁰³, quando il "trattamento nazionale" vigente nello Stato ospitante dia rilevanza fiscale alle circostanze personali e familiari del contribuente (che, assieme al reddito totale, formano la sua capacità contributiva)¹⁰⁴, la posizione di un residente e quella "(...) di un non residente che percepisca la maggior parte del proprio reddito e la quasi totalità del reddito familiare in uno Stato membro diverso da quello di residenza"¹⁰⁵ divengono comparabili e quindi, quest'ultimo ha diritto di vedersi riconosciuto il predetto "trattamento nazionale".

Dal punto di vista del diritto fiscale nazionale e internazionale, può sembrare incomprensibile che il paese ospitante sia tenuto a prendere in considerazione le circostanze personali e familiari del non residente, poiché il non residente e la sua famiglia vivono in un altro paese. Tuttavia:

(i) se, in base al "trattamento nazionale" dello Stato ospitante, le circostanze personali e familiari dei contribuenti residenti debbono essere prese in considerazione nel determinare la loro capacità contributiva;

¹⁰² *Id.*, § 49.

¹⁰³ *Schumacker* § 34.

¹⁰⁴ *Id.*, § 32.

¹⁰⁵ *Id.*, § 38.

(ii) e la capacità contributiva di un non residente (e della sua famiglia) è quasi interamente concentrata in quello Stato in conseguenza del proprio esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori,

ne discende che il predetto non residente, in riferimento a quella disposizione, è comparabile ad un residente (infatti, le capacità contributive di entrambi sono soggette a tassazione in quel paese) e, come tale, deve poter fruire del “trattamento nazionale” in questione.

Tale principio – secondo cui, agli effetti della presa in considerazione ai fini fiscali delle spese pertinenti alla situazione personale e familiare del contribuente, un residente è comparabile a un non-residente che percepisca gran parte delle proprie risorse imponibili nello stato d’impiego – si è imposto sulla giurisprudenza successiva della Corte che lo ha progressivamente affinato.

In particolare, è a distanza di pochi mesi che la Corte in *Wielockx*¹⁰⁶, ha sintetizzato con grande efficacia il principio fissato in *Schumacker*. Avendo riguardo alla Stato della fonte:

*“Si deve tuttavia riconoscere (rispetto alla regola generale secondo la quale residenti e non residenti non sono comparabili, n.d.r.) che il contribuente non residente, lavoratore dipendente o autonomo, che percepisca la totalità o la quasi totalità dei propri redditi nello Stato in cui svolga la propria attività lavorativa si trova, oggettivamente, nella stessa situazione, per quanto attiene all’imposta sui redditi, di colui che risiede nello Stato medesimo ivi svolgendo la stessa attività. Entrambi sono soggetti ad imposizione unicamente in quello Stato e la base imponibile dell’imposta è la stessa”*¹⁰⁷.

Avendo, invece, riguardo ad entrambi gli Stati della fonte e della residenza:

“Se, per quanto attiene alle detrazioni dal reddito imponibile, il contribuente non residente non è soggetto allo stesso trattamento tributario previsto per il contribuente residente, la sua situazione personale non sarà presa in considerazione né dall’Amministrazione finanziaria dello Stato in cui svolga la propria attività lavorativa, in quanto non vi risiede, né dallo Stato di residenza, in quanto non vi percepisce alcun reddito. Conseguentemente, risulterà complessi-

¹⁰⁶ Causa C-80/94.

¹⁰⁷ *Wielockx*, § 20.

vamente soggetto ad un' imposizione più gravosa, con conseguente sfavore rispetto al contribuente residente"¹⁰⁸.

Nella sentenza resa nel caso *Gschwind*¹⁰⁹, ad esempio, la Corte ha affermato la compatibilità con il Trattato di una norma vigente in Germania che subordinava l'applicazione del regime del "quoziente familiare" (volto ad attenuare la progressività del prelievo sui nuclei familiari) ai coniugi non-residenti alla circostanza che costoro conseguissero almeno il 90% del loro reddito in tale Stato. Poiché, nel caso di specie, i sig.ri *Gschwind* avevano prodotto circa il 42% del loro reddito nello Stato di residenza, la Corte ha coerentemente concluso che era quest'ultimo, e non lo Stato ospitante, a dover tenere in considerazione la situazione familiare dei contribuenti¹¹⁰ (ovviamente nella misura in cui – ma questo lo aggiungiamo noi – tale situazione era presa in considerazione per quanto riguarda i contribuenti residenti).

In *Zurstrassen*¹¹¹, ad una coppia di coniugi di nazionalità belga veniva negata l'applicazione del "quoziente familiare" in Lussemburgo perché, sebbene il marito conseguisse la maggior parte del proprio reddito in tale Stato e fosse anche ivi residente, la moglie era invece residente in Belgio e non possedeva nessun reddito. La conseguenza della posizione delle autorità lussemburghesi era esattamente la stessa che abbiamo visto in *Schumacker*: la situazione personale e familiare del contribuente non veniva presa in considerazione né nello Stato della fonte né in quello della residenza. Si potrebbe osservare che l'elemento di estraneità, qui, stava però nella non-residenza della moglie la quale, di per sé, non aveva "migrato"; onde poteva astrattamente opinarsi che il nucleo familiare dei coniugi *Zurstrassen* non era in effetti comparabile ad un nucleo di coniugi residenti.

Ed è qui che è subentrato l'elemento reddituale: poiché quello prodotto nello Stato ospitante, da un lato, era la quasi totalità del reddito posseduto e, dall'altro, era interamente ascrivibile a un soggetto residente, la Corte – nonostante la moglie fosse un non-residente – non ha visto alcuna differenza tra questo nucleo familiare ed uno privo di tale elemento estraneità.

¹⁰⁸ *Id.*, § 21.

¹⁰⁹ Causa C-391/97.

¹¹⁰ *Id.*, §32.

¹¹¹ Causa C-87/99.

Una situazione analoga si è ripresentata nel caso *Meidl*¹¹² con la differenza che qui la moglie aveva conseguito un reddito (sotto forma di sussidi sociali) nel proprio Stato di residenza – l’Austria –, reddito che, tuttavia, essendo ivi esente da prelievo non consentiva la presa in considerazione della situazione familiare del contribuente. La Corte ha confermato l’orientamento palesato in *Zurstrassen*, notando che la Germania, quale Stato di residenza del marito, “(...) è l’unico Stato che possa prendere in considerazione la situazione personale e familiare del contribuente stesso, perché quest’ultimo non soltanto risiede in tale Stato ma, per di più, vi percepisce la totalità dei redditi imponibili del nucleo familiare”¹¹³.

Peraltro, il test di comparabilità esposto in *Schumacker* è applicabile non solo alle situazioni in cui le circostanze personali e familiari del contribuente non siano prese in considerazione nello Stato di residenza poiché questi non percepisce un reddito sufficiente in tale paese, ma anche nel caso in cui questi maturi un reddito sufficiente in tale Stato membro – e quindi tali circostanze debbano essere prese in considerazione – ma il contribuente sia ivi esente da imposizione, come nel caso *Wallentin*¹¹⁴.

Perciò, quel che interessa alla Corte è che se – per qualsiasi motivo – la capacità contributiva del non residente è concentrata nello Stato ospitante, ciò comporta la sua comparabilità con i residenti e, di conseguenza, il suo diritto al “trattamento nazionale” in relazione a vantaggi fiscali finalizzati a prendere in considerazione la capacità contributiva totale del contribuente.

La comparabilità è pressoché l’unico fulcro della sentenza pronunciata nel caso *Blackaert*¹¹⁵, dove veniva in gioco un “trattamento nazionale” – consistente nel riconoscimento da parte dei Paesi Bassi di un credito d’imposta a fronte di versamenti contributivi al sistema previdenziale di tale Stato – la cui applicabilità non era condizionata né alla nazionalità del contribuente né alla sua residenza fiscale, ma ad un criterio obbiettivo rappresentato dall’iscrizione al predetto sistema previdenziale. La Corte ha rilevato che anche se, sul piano fiscale, la normativa nazionale in questione nella causa principale sfavoriva in particolare i soggetti non-residenti, poiché era più facile che costoro non fossero iscritti al sistema pensionistico dello Stato-ospitante, “(...) la concessione di deduzioni di contributi per

¹¹² Causa C-295/05.

¹¹³ *Meidl*, § 29.

¹¹⁴ Causa C-169/03.

¹¹⁵ Causa C-512/03.

*le assicurazioni sociali è direttamente ed esclusivamente connessa con la qualità di assicurato presso il sistema previdenziale olandese del soggetto passivo in questione*¹¹⁶.

Ed infatti, ha aggiunto evidenziando l'“obbiettività” del criterio di distinzione, “(...) sia i residenti sia i non residenti che siano assicurati presso il detto sistema beneficiano di tali deduzioni, mentre i residenti e i non residenti che non siano assicurati presso lo stesso non ne beneficiano”¹¹⁷.

Impostata in questi termini la questione, l'estensione del beneficio fiscale ai soggetti non iscritti al sistema previdenziale avrebbe comportato l'applicazione dello stesso trattamento a situazioni diverse e, quindi e comunque, a una forma di discriminazione; d'onde la conclusione che la differenza di trattamento era giustificata “(...) dalla differenza oggettiva tra la situazione di un assicurato presso il sistema previdenziale olandese e quella di un soggetto non assicurato presso quest'ultimo”¹¹⁸.

5.4.2.2. Il “reddito negativo” conseguito nello Stato di residenza del “migrante”

Nei casi finora menzionati, la Corte si è incentrata sulle “circostanze personali e familiari”; l'idea di fondo essendo che se uno Stato membro intende prendere in considerazione tali circostanze al fine di valutare (e quindi tassare) il reddito complessivo dei residenti, detto Stato membro deve estendere tale “trattamento nazionale” anche ai non residenti che siano comparabili agli stessi, in ragione del fatto che abbiano percepito la maggior parte del proprio reddito complessivo in tale Stato.

In casi successivi – quali *Ritter-Coulais*¹¹⁹, *Lakebrink*¹²⁰ e *Renneberg*¹²¹ –, lo stesso approccio è stato adottato nei confronti di non-residenti che percepivano tutto (o la quasi totalità) del proprio reddito nello Stato di impiego (e quindi soddisfacevano la “*Schumacker rule*”) e che avevano chiesto che il “reddito negativo” derivante da beni immobili posseduti nello Stato di residenza fosse preso in considerazione a fini fiscali nel primo stato.

Il “passo in avanti” compiuto dalla Corte nella propria comprensione delle ramificazioni della dottrina *Schumacker* è rappre-

¹¹⁶ *Blankaert*, § 45.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Id.*, § 50.

¹¹⁹ Causa C-152/03.

¹²⁰ Causa C-182/06.

¹²¹ Causa C-527/06.

sentato dal fatto che l'obbligo dello Stato d'impiego di estendere il "trattamento nazionale" ai non residenti comparabili sia applicabile nonostante che le "circostanze" rilevanti da prendere in considerazione a fini fiscali in tale Stato siano rappresentate da un "reddito negativo", ossia da una perdita derivante da una fonte di reddito (beni immobili nel caso di specie).

La Corte, sotto la guida dell'Avvocato Generale Léger¹²² e Mengozzi¹²³, si è espressamente posta il problema se il cosiddetto reddito negativo dovesse essere ricompreso nelle circostanze personali e familiari; al riguardo, essa ha affermato che, secondo il criterio elaborato in *Schumacker*, le circostanze personali e familiari riguardano "(...) qualsiasi vantaggio fiscale connesso alla capacità contributiva del non residente che non sia preso in considerazione nello Stato di residenza o in quello d'impiego, poiché la capacità contributiva può essere vista quale parte integrante della situazione personale del non residente ai sensi della pronuncia *Schumacker*"¹²⁴.

Tale passaggio, sebbene non del tutto preciso, sembra nondimeno corretto nella sostanza.

L'imprecisione deriva dal fatto che – contrariamente a quanto affermato in *Ritter-Coulais* e *Lakebrink* – nel caso *Schumacker* non è teorizzato che la capacità contributiva del non residente faccia parte della sua situazione personale; piuttosto, si dice il contrario, ossia che "*la capacità contributiva del non residente è determinata facendo riferimento al suo reddito complessivo e alle sue circostanze personali e familiari*"¹²⁵.

Nonostante ciò, il ragionamento della Corte sembra comunque convincente: poiché i residenti e i non-residenti possono, a certe condizioni, essere ritenuti comparabili al fine di prendere in considerazione le loro "circostanze personali e familiari" – quale aspetto della complessiva capacità contributiva di costoro –, e poiché anche il c.d. "reddito negativo" rappresenta un "frammento" della capacità contributiva di un contribuente, ne discende che non vi

¹²² Parere in *Ritter-Coulais*, punti 97-99.

¹²³ Parere in *Lakebrink*, punto 36.

¹²⁴ *Lakebrink*, §34 e *Renneberg* §63.

¹²⁵ *Schumacker*, §32. Si veda anche §33 ove la Corte osserva che "*La situazione di un residente è diversa [rispetto a quella di un non residente] poiché gran parte del proprio reddito è solitamente concentrata nello Stato di residenza. Inoltre, tale Stato generalmente dispone di tutte le informazioni necessarie per valutare la capacità contributiva totale del contribuente, prendendo in considerazione le sue circostanze personali e familiari*".

sono differenze tra i due concetti tali da giustificare un suo diverso trattamento¹²⁶.

In altre parole, una volta preso atto che le "circostanze personali e famigliari" ed il "reddito negativo" concorrono nella determinazione della complessiva capacità contributiva del contribuente, la "*Schumacker rule*" – i residenti e i non-residenti che ricevono gran parte del loro reddito nello Stato di impiego sono comparabili – non ha lasciato altra scelta alla Corte – in mancanza di giustificazioni accettabili – se non quella di estendere anche ai secondi il "trattamento nazionale" applicato ai primi.

Coerentemente con la propria giurisprudenza, la Corte quindi non interferisce con la volontà degli Stati membri di prendere o no in considerazione a fini fiscali le circostanze personali e familiari del contribuente o il suo "reddito negativo" derivante da beni immobili; la Corte si limita a garantire che, ove tali misure siano prese (e quindi facciano parte del "trattamento nazionale" dello Stato membro), queste siano disponibili ai residenti¹²⁷ e ai non-residenti¹²⁸ che non abbiano esercitato libertà fondamentali e ai residenti e ai "non residenti migranti".

5.4.3. Agli effetti della deducibilità delle spese sostenute per lo svolgimento di un'attività economica nello Stato ospitante: residente e non-residente sono comparabili rispetto alle spese "direttamente connesse all'attività" ivi svolta

Un'importante applicazione della libertà di prestazione dei servizi nella dimensione dello Stato ospitante si è avuta nel caso *Gerritse*¹²⁹.

Un contribuente residente nei Paesi Bassi, il quale aveva svolto una prestazione artistica sul territorio tedesco a fronte della quale aveva ricevuto il relativo compenso, si era visto negato il "trattamento nazionale" consistente:

(i) da un lato, nella deducibilità delle spese *direttamente connesse* all'attività, ivi svolta e attratta a tassazione, in luogo della tassazione al lordo di dette spese a lui applicata in quanto non-residente;

(ii) dall'altro, nella tassazione progressiva del reddito derivante da siffatta attività con la previsione di una fascia minima di non imponibilità, in luogo della tassazione all'aliquota proporzionale del

¹²⁶ Si veda *Ritter-Coulais* §37, *Lakebrink* §13 e *Renneberg* §58.

¹²⁷ Se nell'ambito di un paese d'origine.

¹²⁸ Se nell'ambito di un paese ospitante.

¹²⁹ Causa C-234/01.

25% senza fascia minima di non imponibilità a lui applicata, sempre in quanto non-residente.

Il profilo che interessa qui trattare è il primo, ché con riferimento al secondo la Corte si è limitata nella sentenza *Gerritse* a richiamare il precedente fissato ai paragrafi 47 e 48 di *Asscher* confermando che se, in base alla convenzione contro le doppie imposizioni applicabile al caso di specie, i redditi conseguiti dal non residente nello Stato della fonte sono comunque presi in considerazione anche nello Stato della residenza – anche se ivi mandati esenti – ai fini della progressività del prelievo sugli altri redditi, residente e non residente sono comparabili agli effetti della progressività stessa e, dunque, lo Stato della fonte non può trattarli diversamente (*rectius*: in modo peggiore) a tale riguardo¹³⁰.

A quest'ultimo proposito si rileva che la posizione della Corte non è stata, ovviamente, di contrarietà all'imposta proporzionale (*vis a vis* quella progressiva) in sé, ma solo nella misura nella quale essa determinava un prelievo finale superiore a quello che si sarebbe avuto con l'imposta progressiva; d'onde si spiega il rinvio da ultimo operato dalla Corte al giudice remittente nazionale per la relativa valutazione in fatto¹³¹.

Per quanto riguarda invece la deduzione forfettaria dal reddito, la Corte – onde stabilire la eventuale comparabilità tra residente e non residente rispetto a tale specifico profilo – ha utilizzato ovviamente un *test* diverso da quello impiegato in tema di progressività: preso atto della finalità sociale della misura in esame, consistente segnatamente nel garantire al contribuente una minima fascia di non imponibilità rispetto al suo reddito complessivo onde tenere conto (in particolare e fra l'altro) della sua situazione personale e familiare, la Corte ha utilizzato – del tutto correttamente – il parametro elaborato in *Schumacker* ed ha, dunque, affidato la soluzione del caso al fatto che il non residente avesse o meno la maggior parte del proprio reddito nello Stato della fonte¹³².

¹³⁰ *Gerritse*, § 53.

¹³¹ Al paragrafo 54 della sentenza la Corte da atto che, secondo i calcoli della Commissione europea, ove lo Stato della fonte avesse applicato al sig. *Gerritse* l'imposta progressiva, l'aliquota finale sarebbe stata del 26,5%, ossia superiore a quella proporzionale da costui effettivamente versata. È dunque ovvio che in una simile situazione il diverso trattamento riservato al non residente si è dimostrato addirittura più vantaggioso di quello applicato al residente, con il corollario che esso, nel caso concreto, non può aver determinato una restrizione alle libertà fondamentali.

¹³² *Id.*, § 49, 50 e 51. Dal momento che il non residente aveva prodotto solo una minima parte del proprio reddito complessivo nello Stato della fonte, la Corte ha ritenuto che esso non fosse comparabile al residente e che fosse com-

E veniamo dunque al primo profilo.

Anche qui vediamo come la Corte abbia individuato un'"eccezione" alla regola della non comparabilità tra residente e non-residente seguendo un percorso analitico che rispecchia la specificità del trattamento nazionale da essa esaminato:

*"(...) le spese professionali di cui si tratta sono direttamente connesse all'attività che ha generato i redditi imponibili in Germania, cosicché i residenti e i non-residenti sono, sotto questo profilo, posti in una situazione analoga"*¹³³.

In *Gerritse* si è ripresentata pertanto la questione, già esaminata in *Futura*, dell'esistenza di un "nesso economico"¹³⁴ del componente negativo di reddito del quale si domanda la deduzione con l'attività svolta nello Stato della fonte.

Mentre però in *Futura* il collegamento degli elementi negativi di reddito con l'attività svolta nel territorio dello Stato della fonte era stato esaminato dall'angolo visuale della territorialità per concludere che non vi era comparabilità tra il residente ed il non residente rispetto alle componenti negative derivanti da attività svolte *al di fuori* del territorio del predetto Stato, in *Gerritse* l'attenzione è invece focalizzata sul profilo simmetrico, ossia sulla comparabilità tra residente e non residente rispetto alle componenti negative derivanti da attività svolte *all'interno* del territorio in questione; il che spiega la diversa conclusione raggiunta nei due casi¹³⁵ ed ossia che – nella misura nella quale sussista il collegamento in questione – il non residente è comparabile al residente e, come tale, ha diritto al "trattamento nazionale"¹³⁶.

Nel caso *Bouanich* la Corte ha seguito il medesimo ragionamento in relazione ad una disposizione dello Stato ospitante che trattava diversamente il reddito derivante dal riacquisto di azioni a seconda se l'acquirente fosse residente o non residente. In particolare, mentre il reddito del primo veniva classificato come un capital gain, calcolato detraendo il costo d'acquisizione dal pagamento per il riacquisto azionario, il reddito del non residente veniva classificato come un dividendo e quindi il pagamento per il riacquisto azionario era tassato senza detrarre il costo dell'acquisizione.

pito dello Stato della residenza garantire eventualmente una fascia minima di non imponibilità a titolo di riconoscimento della situazione personale e familiare del contribuente (spec. § 51).

¹³³ *Gerritse*, § 27.

¹³⁴ *Futura*, § 18.

¹³⁵ Contenuta nel già citato paragrafo 27.

¹³⁶ Che abbiamo già incontrato nel paragrafo 3.3.2. del Capitolo III.

La Corte ha riassunto in due frasi il principio del “trattamento nazionale” e la valutazione della comparabilità:

*“(...) il costo dell’acquisizione è direttamente connesso al pagamento effettuato in occasione del riacquisto azionario cosicché, in questo ambito, i residenti e i non residenti si trovano in situazioni analoghe. Non esiste alcuna differenza obiettiva tra le due situazioni che giustifichi un trattamento diverso sotto questo profilo tra le due categorie di contribuenti”*¹³⁷.

Il principio della “diretta connessione” stabilito in *Gerritse* è stato in seguito ribadito in *Centro Equestre*¹³⁸.

La sentenza, tuttavia, presenta un interesse autonomo per due motivi.

Il caso sorgeva a proposito della legislazione tedesca, la quale subordinava il diritto dei contribuenti non residenti a ottenere il rimborso della maggiore imposta trattenuta alla fonte – rispetto a quanto da costoro effettivamente dovuto una volta dedotte le spese – alla duplice condizione che tali spese fossero direttamente connesse all’attività che aveva generato il reddito attratto a tassazione e fossero superiori alla metà del medesimo¹³⁹.

Innanzitutto, si può osservare come il concetto della “diretta connessione” è qui visto da un punto di vista leggermente diverso.

In *Gerritse* esso era servito come strumento per affermare che residente e non residente erano comparabili, e ovvero: siccome in base alla legislazione applicabile nello Stato ospitante il residente poteva dedurre le spese direttamente connesse all’attività che aveva generato il reddito, e siccome le spese delle quali il non-residente chiedeva a sua volta la deduzione erano anch’esse direttamente connesse al reddito attratto a tassazione in quello Stato, ecco che anche al non residente (poiché comparabile al residente) doveva essere data la possibilità di dedurre le proprie spese, pena la violazione del principio di libera circolazione dei servizi.

In *Centro Equestre* la Corte ha affermato invece che – se, e in quanto, anche i residenti possono dedurre dal proprio reddito solo le spese direttamente connesse all’attività che l’ha generato – ecco che allora l’imposizione della medesima condizione al non residente non può essere considerata una restrizione alla libertà fondamentale di circolazione dei servizi¹⁴⁰.

¹³⁷ *Id.*, §40.

¹³⁸ Causa C-345/04.

¹³⁹ *Centro Equestre*, § 18.

¹⁴⁰ *Centro Equestre*, § 27.

È, evidentemente, lo stesso concetto analizzato "in positivo" ed "in negativo". Si tratta, tuttavia, di un'analisi utile perché mostra il funzionamento del principio del "trattamento nazionale": in *Gerritse* vediamo che il non residente non può ricevere un trattamento *meno favorevole* di quello applicato al residente con il quale esso sia comparabile; in *Centro Equestre* vediamo invece che il non residente non ha diritto a un trattamento *maggiormente favorevole* di quello applicato al residente¹⁴¹.

L'altra condizione alla quale la legislazione tedesca subordinava il diritto del non residente di dedurre le spese connesse all'attività generatrice del reddito tassato in Germania – ovvero l'essere quelle spese superiori alla metà di tale reddito – offre lo spunto per una seconda riflessione.

La ragione addotta dalla Germania per giustificare questa discriminazione¹⁴² – perché di questo evidentemente si trattava atteso che i residenti non soggiacevano alla condizione in questione¹⁴³ – era quella di evitare che tali spese potessero essere prese in considerazione sia nello Stato della fonte sia in quello della residenza¹⁴⁴.

Nel rinviare al prossimo capitolo per una più approfondita analisi di quest'aspetto, la posizione negativa della Corte al riguardo¹⁴⁵ è interessante perché evidenzia il diverso peso che – nel contesto delle diverse libertà fondamentali di volta in volta esaminate – essa assegna allo scambio di informazioni tra gli Stati membri ed alla reciproca assistenza nella riscossione dei propri crediti fiscali quali possibili giustificazioni di misure restrittive: in effetti, gli strumenti di collaborazione internazionale che intervengono nella fase dell'accertamento del rapporto tributario e quelli che entrano in azione nella successiva fase della riscossione del credito tributario possono o non possono rendere ingiustificata la adozione di misure restrittive motivate dalla difficoltà per lo Stato della fonte di – rispettivamente – monitorare il comportamento del contribuente nel proprio Stato di residenza oppure di ivi riscuotere i propri crediti fiscali.

La Corte, come si vedrà esaminando il caso *Scorpio*¹⁴⁶, ha ulteriormente chiarito che residenti e non-residenti debbono ritenere-

¹⁴¹ In sostanza, l'entità dei benefici garantiti ai residenti costituisce la "misura" dei benefici che deve essere garantita ai non residenti comparabili.

¹⁴² Il tema delle "giustificazioni" accettate dalla Corte in relazione a misure giudicate restrittive è analizzato al Capitolo al quale si rinvia.

¹⁴³ *Centro Equestre*, § 29.

¹⁴⁴ *Id.*, § 33.

¹⁴⁵ *Id.*, § 37.

¹⁴⁶ Causa C-290/04.

si comparabili anche agli effetti della immediata deduzione delle spese direttamente connesse all'attività svolta nello Stato ospitante; onde una disposizione che impedisca già in sede di applicazione della ritenuta alla fonte di dedurre i costi comunicati dal non residente implica una discriminazione vietata dal Trattato¹⁴⁷.

5.4.4. Agli effetti della tassazione dei redditi mediante ritenuta alla fonte

Nel poc'anzi rammentato caso *Scorpio* la Corte ha fissato una serie d'importanti principi la cui rilevanza travalica sicuramente l'ambito di applicazione della libera circolazione di servizi.

Un primo rilevante principio fissato dalla Corte riguarda il riconoscimento della legittimità dell'applicazione nei confronti dei non residenti dei metodi della riscossione a mezzo ritenuta alla fonte e della connessa responsabilità patrimoniale del "sostituto" in caso di mancata esecuzione della ritenuta medesima¹⁴⁸ – in luogo del versamento diretto previsto per i residenti –, come metodo di riscossione dei tributi da essi dovuti sui redditi derivanti da attività (prestazioni di servizi) condotte all'interno del territorio dello Stato della fonte stessa.

Merita precisare che il profilo esaminato interessa esclusivamente il metodo di riscossione e lascia impregiudicate le questioni dell'aliquota (rispetto alla quale operano i principi fissati in *Asscher* e ripetuti in *Gerritse*) e della deducibilità delle spese (rispetto alla quale operano i principi fissati in *Gerritse* e, come si vedrà appresso, affermati in *Scorpio* stessa). Ciò val quanto dire che se la ritenuta – per le ragioni che richiamiamo qui di seguito – è reputata una modalità compatibile con la libera circolazione dei servizi, essa deve comunque essere applicata in modo tale da non determinare un prelievo superiore a quello previsto per i residenti, sia in termini di aliquota (*Asscher*) che di base imponibile (*Gerritse*).

Fatta questa precisazione, veniamo ai due passaggi logici attraverso i quali si articola il ragionamento della Corte sull'argomento in esame:

(i) in primo luogo la Corte ha riconosciuto che l'applicazione di due modi di riscossione (versamento diretto *versus* ritenuta alla fonte e previsione di una responsabilità solidale del "committente-sostituto" in caso di mancato versamento della ritenuta) riguardo ai prestatori di servizi residenti rispetto a quelli non residenti è

¹⁴⁷ *Scorpio*, § 49.

¹⁴⁸ *Scorpio*, § 28.

in grado di dissuadere un committente residente dal rivolgersi ai secondi per ottenere dei servizi (è ovvio, infatti, che scegliendo un prestatore di servizi residente il committente non soggiace agli oneri amministrativi ed alla responsabilità solidale nelle quali incorre scegliendone viceversa uno non residente)¹⁴⁹. Ne discende, ha affermato sempre la Corte, che un simile trattamento costituisce una restrizione alla libera circolazione dei servizi nelle due forme della libertà di procacciarsi e di fornire i medesimi¹⁵⁰.

(i) in secondo luogo, e tuttavia, la Corte aggiunge che la restrizione in questione deve ritenersi *"giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia della riscossione dell'imposta sul reddito"*¹⁵¹.

Quest'aspetto – la necessità di garantire l'efficacia della riscossione dell'imposta sul reddito – ritornerà assai spesso nella giurisprudenza successiva, e sarà esaminato nel capitolo successivo.

5.4.5. Agli effetti della deduzione immediata delle spese direttamente connesse all'attività svolta nello Stato ospitante

In *Scorpio* la Corte ha affrontato anche un ulteriore profilo della comparabilità tra residenti e non-residenti *vis a vis* le spese sostenute nello svolgimento di un'attività economica nello Stato ospitante. Si tratta della comparabilità rispetto a una normativa che:

(i) nel caso dei contribuenti residenti, consentiva la deduzione immediata delle spese direttamente connesse all'attività;

(ii) mentre per i non-residenti – anziché ammettere che il committente operasse la deduzione immediatamente in sede di effettuazione della ritenuta alla fonte (giudicata, come sopra riferito, compatibile con il Trattato anche se applicata ai soli non-residenti) – richiedeva che costoro richiedessero successivamente il rimborso delle imposte in eccesso versate senza prendere in considerazione le spese sostenute.

Sul punto, si legge al paragrafo 47 della sentenza, che *"(...) la necessità di avviare – anche qualora il prestatore di servizi non residente abbia informato il soggetto debitore del compenso circa l'importo delle sue spese professionali direttamente connesse alle sue attività – una procedura di rimborso a posteriori di tali spese può ostacolare la fornitura di prestazioni di servizi. Poiché, infatti, l'avvio di una tale procedura comporta oneri amministrativi ed economici supplementari, e si impone inevitabilmente al prestatore*

¹⁴⁹ *Id.* § 33.

¹⁵⁰ *Id.*, § 32 e 34.

¹⁵¹ *Id.*, § 35.

di servizi, la normativa fiscale in questione rappresenta un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, vietata, in linea di principio, dagli artt. 59 e 60 del Trattato CEE”.

Quindi, la comparabilità raggiunta al livello della connessione tra le spese delle quali è chiesta la deduzione nello Stato ospitante e l'attività economica ivi svolta ha efficacia rispetto a tutti gli aspetti di tale deduzione, fatta eccezione per l'utilizzo della ritenuta alla fonte in luogo del versamento diretto che, per quanto restrittiva, trova giustificazione nel principio di ragionevolezza declinato nell'esigenza di assicurare l'efficacia nella riscossione dell'imposta nei riguardi del non-residente.

6. La comparazione tra il “residente-migrante” e il “residente-non-migrante” (ottica “origin”)

6.1. Introduzione

Fin qui si è discusso della comparabilità nella dimensione “*host*” dell'integrazione negativa; vediamo adesso che ruolo essa ha nei casi “*origin*”.

Si deve muovere dalla consueta premessa che, in quest'ambito, il contribuente interessato a far valere i diritti soggettivi conferitigli dal Trattato interagisce con il proprio Stato di residenza. Costui, dunque, è automaticamente sottoposto al “trattamento nazionale” di quello Stato e, quindi, non si pone il problema di stabilire un rapporto di comparabilità tra soggetti (residente e non residente) come invece avviene nei casi “*host*”.

Questo, tuttavia, non significa che la Corte non si trovi comunque nella necessità di impegnarsi in una valutazione comparativa. La differenza è che l'oggetto del suo giudizio, anziché riguardare direttamente il modo di essere del “soggetto” (non residente) che ha “migrato”, si rivolge alla “azione” in cui la “migrazione” del soggetto stesso (questa volta residente) si compendia.

Per comprendere questo passaggio occorre tenere conto che, dalla prospettiva dello Stato d'origine, la violazione del Trattato presuppone la sussistenza di una dicotomia nel “trattamento nazionale” da esso previsto: a fronte di una “analoga” azione, vi è il trattamento applicato al residente “non-migrante” e il trattamento (meno favorevole) riservato invece al residente “migrante”.

Ecco, allora, spiegata la ragione dello spostamento del fulcro del giudizio comparativo dai soggetti alla loro azione: i soggetti comparati (il “migrante” e il “non-migrante”) sono entrambi residenti onde essi si trovano, per definizione, in una “situazione analoga”.

Quindi, se in un'ottica "*host*" il punto di partenza è la non-comparabilità – residenti e non-residenti non sono, di regola, comparabili – e, dunque, l'applicazione del principio del "trattamento nazionale" presuppone la dimostrazione "in positivo" che nel caso esaminato venga in gioco un'eccezione rispetto alla regola, in un'ottica "*origin*" il punto di partenza è che due soggetti residenti compiono la stessa azione – come, ad esempio, investire nel capitale di una società –, solo che l'uno la compie senza "migrare" – *id est*: investe nel capitale di una società stabilita nel suo stesso Stato di residenza – mentre l'altro la compie migrando – *id est*: investe nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro.

Non si deve, però, fare l'errore di credere che la Corte consideri l'elemento di estraneità che caratterizza l'azione del "migrante" rispetto all'azione del "non-migrante" sufficiente di per sé a differenziare le due situazioni agli effetti dell'applicazione del principio del "trattamento nazionale". In altre parole, e ad esempio, la residenza della società presso la quale il "migrante" e il "non migrante" rispettivamente acquistano dei servizi non rende l'uno e l'altro non comparabili.

Un'esplicita affermazione di questo principio si trova nella sentenza resa nel caso *Steko*¹⁵², incentrato su una disposizione tedesca in base alla quale la deducibilità delle svalutazioni delle partecipazioni detenute dalle società residenti era ammessa solo se esse si riferivano a società a loro volta residenti. Quindi, come nel caso *Eurowings*, il regime fiscale era così differenziato:

(i) se la società residente (la *Steko Industriemontage GmbH* nel caso di specie) non "migrava" e, quindi, investiva nel capitale di una società residente, il "trattamento nazionale" consentiva la deduzione delle svalutazioni sulle partecipazioni detenute in tale società;

(ii) se, invece, la società residente "migrava", e quindi investiva nel capitale di una società non residente, il "trattamento nazionale" non ammetteva la deduzione delle svalutazioni sulle partecipazioni detenute nella società in questione¹⁵³.

La Corte, rilevato che la fattispecie trovava copertura nella libertà di circolazione dei capitali (la partecipazione della società-madre nella società non residente non le attribuiva un'influenza dominante tale da far venire in gioco la libertà di stabilimento)¹⁵⁴, e che "(...) le società residenti titolari di partecipazioni che han-

¹⁵² Causa C-377/07.

¹⁵³ *Steko*, § 25.

¹⁵⁴ *Id.*, § 24.

*no subito un deprezzamento in società non residenti si trovavano (...) in una situazione meno favorevole rispetto a quelle titolari di simili partecipazioni in società residenti*¹⁵⁵, si è cimentata sulla obiezione sollevata dal Governo tedesco, secondo il quale “(...) la situazione di una società titolare di partecipazioni in una società residente e quella di una società titolare di partecipazioni in una società non residente non potevano essere obiettivamente comparabili”¹⁵⁶.

Prima di dare conto della risposta fornita al riguardo, ci preme fare notare la linearità con la quale la Corte ha rappresentato la questione; evidenziando come i termini della comparazione fossero la “migrazione” e la “non-migrazione” di una società residente rispetto alla “stessa” azione – partecipazione in un’altra società – rispettivamente connotata e non connotata dall’elemento di estraneità costituito dalla residenza della consociata.

Invero, il tentativo del Governo tedesco è stato proprio quello di mettere in dubbio la comparabilità dell’azione consistente nell’investimento e mantenimento della partecipazione in un’altra società a seconda della residenza di quest’ultima; ovvero, detto in altre parole, di considerare tale elemento di estraneità alla stregua di un fattore idoneo a rendere le due situazioni non comparabili.

Ebbene, la posizione della Corte sul punto non può lasciare adito a dubbi:

*“L’applicazione di regimi tributari diversi ad una società residente a seconda che essa detenga partecipazioni in società residenti o non residenti non può costituire un criterio valido per valutare l’obiettivo comparabilità di situazioni e, di conseguenza, per stabilire una differenza obiettiva tra esse”*¹⁵⁷.

Ed ancora:

*“Infatti, proprio l’applicazione di regimi tributari differenti è all’origine della disparità di trattamento di cui si deve giudicare se sia giustificata o meno”*¹⁵⁸.

L’elemento di estraneità, dunque, non può essere calcolato nel giudizio di comparazione: così come – a tal medesimo fine – non poteva essere dato rilievo alla residenza della società di *leasing* in *Eurowings*, del pari – e come si è appena visto – non poteva essere dato rilievo alla residenza della consociata in *Steko*.

¹⁵⁵ *Id.*, § 26.

¹⁵⁶ *Id.*, § 32.

¹⁵⁷ *Id.*, § 33.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Se, allora, nella dimensione "*host*" la residenza (del soggetto che ha "migrato") è in sé rilevante – fino a quando non sia provata l'eccezione alla regola che vuole residenti e non-residenti come non comparabili –, nella dimensione "**origin**" la residenza (del soggetto con il quale il contribuente residente interagisce, ad esempio acquistando un servizio) è sempre irrilevante.

La "irrilevanza" – nel senso appena puntualizzato – della residenza della consociata (quando viene in gioco la libertà di stabilimento) ovvero del soggetto che fornisce una prestazione di servizi (quando viene in gioco la corrispondente libertà) è un passaggio tanto sottovalutato quanto importante nella giurisprudenza "dello Stato d'origine" della Corte.

L'importanza – nei casi "*origin*" – di condurre il giudizio di comparazione al livello del contribuente residente emerge con grande chiarezza nella sentenza *Bosal*¹⁵⁹.

I Paesi Bassi, nell'ambito del regime di esenzione dal prelievo sulle plusvalenze relative a partecipazioni societarie (c.d. "*participation exemption*") dettato dalla "Direttiva madre figlia" (nr. 90/435/EEC del 23 luglio 1990), stabilivano – in conformità all'opzione in tal senso lasciata agli Stati membri dalla predetta Direttiva – l'indeducibilità fiscale dei costi (come ad esempio quelli relativi ad eventuali finanziamenti) sostenuti da società residenti per l'acquisto di azioni o quote a meno che non risultasse "*evidente che tali costi erano indirettamente strumentali alla produzione di un utile tassabile nei Paesi Bassi*"¹⁶⁰ stessi.

La condizione posta alla deducibilità dei costi in questione era – dunque e come precisato dal Governo olandese nel corso del giudizio¹⁶¹ – che la consociata, la cui partecipazione aveva generato i costi, fosse in grado di generare reddito tassabile nei Paesi Bassi; ciò significava che, se la consociata era non-residente, la condizione poteva dirsi soddisfatta solo ove essa avesse avuto una stabile organizzazione nello Stato di residenza della casa-madre (oppure elementi di reddito ivi tassabili isolatamente).

Un profilo interessante da segnalare per inciso è che la problematica al centro del caso *Bosal* riguardava il corretto esercizio di un "grado di autonomia" che la Comunità aveva lasciato agli Stati membri nell'ambito di una materia costituente oggetto di armonizzazione positiva. L'indeducibilità in questione era sì consentita dalla

¹⁵⁹ Causa C-168/01.

¹⁶⁰ *Bosal*, § 8.

¹⁶¹ *Id.*, § 13.

Direttiva – essa, d'altra parte, rispondendo a evidenti esigenze di simmetria fiscale –, ma doveva essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario e, segnatamente, delle libertà fondamentali. Quindi – ha correttamente osservato la Corte – in caso di esercizio da parte di uno Stato membro dell'opzione a favore dell'ineducibilità, quest'ultima doveva comunque essere applicata nel rispetto del principio del "trattamento nazionale"¹⁶².

Tornando al merito della questione pregiudiziale, la Corte ha rilevato che la limitazione posta dalla normativa olandese costituiva una restrizione al diritto di stabilimento perché andava – in via di fatto – a discapito prevalentemente dei "residenti-migranti" (ossia con consociate estere) *vis a vis* quelli "non-migranti" (ossia con consociate residenti), essendo più frequente per una consociata non-residente nei Paesi Bassi – rispetto a una residente – non possedere redditi in tale Stato.

Tale conclusione – fondata evidentemente sulla riconosciuta comparabilità del "migrante" e del "non-migrante" agli effetti della deducibilità dei "costi d'acquisizione" – è stata portata dall'Avvocato generale Geelhoed¹⁶³ quale esempio di un giudizio di comparazione nel quale non si è tenuto nella debita considerazione la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati e, quindi, le loro rispettive obbligazioni come Stati della residenza o della fonte.

Così come per *Marks & Spencer*, la critica mossa alla sentenza in esame è fatta discendere dalla circostanza che lo Stato di residenza non aveva esteso la propria giurisdizione sui dividendi di fonte estera ricevuti dalle società-madre residenti; onde, secondo Geelhoed, queste ultime non dovevano essere chiamate a riconoscere i costi di acquisizione delle partecipazioni da cui i suddetti dividendi erano derivati. In particolare, i Paesi Bassi avevano rinunciato a tassare gli utili "incamerati" dalle società-madre residenti e provenienti dalle controllate stabilite in altri Stati membri. Ciò significa che il potere impositivo era stato ripartito tra i Paesi Bassi e gli Stati membri di residenza delle società controllate in modo tale che l'imposizione degli utili delle società controllate stabilite all'estero rientrava esclusivamente nella competenza dello Stato di residenza di queste ultime – cioè dello Stato-fonte¹⁶⁴.

¹⁶² *Id.*, § 26.

¹⁶³ Si veda il paragrafo 63 del noto parere rilasciato a margine del caso *ACT IV GLO*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

D'onde la considerazione di Geelhoed che "(...) *la posizione di una società madre che possiede una società controllata i cui profitti sono soggetti a imposta nel suo stesso Stato di residenza, da un lato, e quella di una società madre che possiede una società controllata i cui profitti non siano soggetti ad imposta (cioè siano esenti) nello Stato di residenza della società madre, dall'altro, non siano tra loro comparabili*"¹⁶⁵.

Si vede bene come la suddetta comparazione, sebbene apparentemente condotta avendo riguardo al soggetto residente – la società-madre –, è in realtà incentrata sulla controllata non-residente. È, infatti, l'essere (o non essere) gli utili di quest'ultima attratti a tassazione nei Paesi Bassi a rendere i costi d'acquisizione deducibili (o non deducibili) per la società-madre.

In effetti, se la Corte avesse seguito una simile tipologia di ragionamento, avrebbe finito per far dipendere la fruibilità di un vantaggio fiscale per la società-madre da una circostanza – il luogo ove venivano tassati gli utili della società controllata – riassumibile nel fatto stesso di "migrare". Da questo punto di vista, pertanto, il criterio adottato dalla Corte – sempre incentrato sul confronto del "residente-migrante" e del "residente-non-migrante", sembra in effetti corretto, e ciò per una ragione principale: esso trova solide basi giuridiche nel principio del "trattamento nazionale".

È pur vero, come rilevato da Geelhoed, che i Paesi Bassi avevano rinunciato a tassare le società-madre residenti sui dividendi di fonte estera; onde non veniva in considerazione una situazione simile, per esempio, a *Manninen* dove, invece e come noto, la Finlandia aveva esteso la propria giurisdizione sui dividendi di fonte estera così trovandosi costretta a riconoscere anche ad essi il credito d'imposta per l'eliminazione della doppia imposizione economica.

Ma nel momento in cui i Paesi Bassi avevano poi introdotto un "vantaggio fiscale", come la deducibilità dei costi d'acquisizione, di fatto condizionandolo alla residenza fiscale olandese della consociata, ecco che quel "trattamento nazionale" aveva acquistato un connotato protezionistico. Invero, la deducibilità in questione non era collegata all'estensione della giurisdizione fiscale olandese sui redditi di fonte estera, ma sulla esistenza di una sua giurisdizione sui redditi di fonte domestica, onde anche applicando il criterio delle "diverse obbligazioni dello Stato della fonte e della residenza", si sarebbe comunque dovuti giungere alla stessa con-

¹⁶⁵ *Ibidem*.

clusione relativamente alla sussistenza nel caso di specie di una restrizione al diritto di stabilimento.

6.2. Il socio che “migra” (investendo in o mantenendo una partecipazione in una società non residente) è comparabile al socio che non “migra” (investendo in o mantenendo una partecipazione in una società residente)

6.2.1. Agli effetti dei trasferimenti infragruppo

In *X AB & Y AB*¹⁶⁶ la Svezia negava l'applicabilità dello speciale regime fiscale da essa riservato ai trasferimenti infragruppo di beni (in base al quale detti trasferimenti generavano componenti positive e negative di reddito rispettivamente per il cessionario ed il cedente) ad un trasferimento intercorso tra la società-madre residente (*X AB*) e la propria consociata (*Y AB*), anch'essa residente, per ciò che il capitale della seconda era, in parte, posseduto dalla prima per il tramite di *sub-holdings* stabilite in altri Stati membri¹⁶⁷. La Corte, sei anni prima di pronunciarsi nel “controverso” caso *Marks & Spencer* ha puntualmente rilevato quanto segue:

(i) “(...) la legislazione di cui trattasi nella causa principale nega alle società svedesi che si siano servite della propria libertà di stabilimento per creare consociate in altri Stati membri il diritto di beneficiare di determinate agevolazioni fiscali (...)”¹⁶⁸

e, dunque, essa

(ii) “(...) sancisce una disparità di trattamento tra diversi tipi di trasferimento finanziario all'interno di un gruppo basandosi sul criterio della sede delle consociate. In assenza di giustificazione, questa disparità di trattamento è contraria alle disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento”¹⁶⁹.

Da questi due passaggi emerge chiaramente come il confronto sia condotto tra la società residente (ossia *X AB*) che ha “migrato”, perché ha esercitato la libertà di stabilimento in un altro Stato membro ivi costituendo una *sub-holding*, e un'altra società residente che non ha “migrato” perché la *sub-holding* l'ha costituita nel proprio Stato di residenza. Nel contesto di questo confronto la suddetta “differenza” – la residenza e la non-residenza della *sub-holding* – non è

¹⁶⁶ Causa C-200/98.

¹⁶⁷ *X AB & Y AB*, § 4.

¹⁶⁸ *Id.*, § 27.

¹⁶⁹ *Id.*, § 28.

considerata come tale (ossia come una "differenza") ed è quindi, in ultima analisi, volutamente disattesa.

6.2.2. Agli effetti dell'imposizione patrimoniale della partecipazione

In *Baars*¹⁷⁰ il contribuente lamentava che la partecipazione totalitaria dal medesimo detenuta in una società stabilita in Irlanda non poteva beneficiare dell'esenzione o semi-esenzione (a seconda di taluni parametri) dall'imposta patrimoniale che il proprio Stato di residenza – i Paesi Bassi – concedeva rispetto alle c.d. "partecipazioni rilevanti" (ossia che superavano determinate soglie percentuali del capitale sociale); la ragione di tale preclusione essendo che il descritto regime di favore era applicabile esclusivamente alle partecipazioni detenute in società residenti nei Paesi Bassi stessi¹⁷¹.

Il paragrafo 30 della sentenza¹⁷², una volta individuato nella residenza – non olandese – della società che aveva emesso le partecipazioni il fattore in funzione del quale la normativa nazionale riconosceva o meno il beneficio fiscale al contribuente residente, e sul presupposto che tale fattore non incidesse sulla comparabilità della fattispecie (transfrontaliera) caratterizzata dall'elemento di estraneità con quella (interna) che non vi era caratterizzata, ha prevedibilmente concluso che siffatta normativa ammontava ad una restrizione al diritto di stabilimento vietata dal Trattato.

6.2.3. Agli effetti dell'imposizione sui capital gains e della deducibilità delle svalutazioni delle partecipazioni

Nel caso *X e Y*¹⁷³, due persone fisiche residenti in Svezia rappresentavano alla competente autorità fiscale, tramite l'apposita procedura di *ruling* preventivo ivi operante, la loro intenzione di apportare alla società di diritto svedese Z AB le azioni da essi possedute

¹⁷⁰ Causa C-251/98.

¹⁷¹ *Baars*, § 15.

¹⁷² Così, testualmente: "*Negando la concessione del vantaggio fiscale costituito dall'esenzione d'impresa ai cittadini degli Stati membri residenti nei Paesi Bassi che, avvalendosi del loro diritto di libero stabilimento, gestiscano una società avente sede in uno Stato membro diverso dai Paesi Bassi, e concedendo invece tale vantaggio ai cittadini degli Stati membri residenti nei Paesi Bassi che detengano una partecipazione sostanziale in una società con sede sul territorio di tale Stato membro, la normativa nazionale in parola sancisce una disparità di trattamento tra i contribuenti fondandosi sul criterio della sede delle società di cui i contribuenti sono azionisti*".

¹⁷³ Causa C-436/00.

nella società di diritto svedese X AB e di beneficiare del regime di sospensione d'imposta previsto per le operazioni di riorganizzazione societaria. Z AB era una consociata della società residente in Belgio Y SA, la quale era a sua volta posseduta in parti eguali da X e Y, dalle suddette persone fisiche.

Il parere negativo reso dall'autorità fiscale si basava sulla circostanza che il regime in questione – per espressa previsione di legge – non si applicava nel caso in cui la cessione era effettuata a favore di una persona giuridica non residente nella quale il cedente deteneva direttamente o indirettamente una partecipazione, ovvero di una società per azioni svedese nella quale tale persona giuridica straniera deteneva, direttamente o indirettamente, una partecipazione.

È interessante notare che la Corte ha definito l'effetto determinato dalla norma nazionale nei confronti del residente "migrante" come uno "*svantaggio in termini di liquidità*"¹⁷⁴ rispetto al residente "non migrante": mentre il primo era tenuto a corrispondere immediatamente le imposte sulle plusvalenze latenti realizzate per effetto dell'apporto, il secondo le avrebbe dovute corrispondere solo al momento della loro effettiva cessione dietro corrispettivo. È, questa, una tipologia di restrizione che si ritroverà poi – sia pure in una situazione differente – in *Marks & Spencer* di cui, dunque, costituisce un'anticipazione.

La sentenza – nel sancire l'incompatibilità (rispetto sia al diritto di stabilimento che alla libera circolazione dei capitali) della restrizione in entrambe le sue forme (trasferimento a società non residente e trasferimento a società residente partecipata da società non residente) – ha precisato come la violazione del Trattato fosse un portato del fatto che il diverso trattamento del "migrante" e del "non migrante" era direttamente collegato all'elemento di estraneità costituito dalla nazionalità estera della società beneficiaria dell'apporto o della società che la controllava, così immettendosi coerentemente nel solco della precedente giurisprudenza "*origin*" e allo stesso tempo tracciando la strada che troverà in *Marks & Spencer* e *Cardbury Schweppes* le sue riaffermazioni più note.

In *Rewe Zentralfinanz*¹⁷⁵ il problema del diverso trattamento della "società-madre-residente-non-migrante" e della "società-madre-residente-migrante" rispetto alla fiscalità delle partecipazioni rispettivamente detenute in consociate residenti o non-residenti si

¹⁷⁴ X e Y, § 36.

¹⁷⁵ Causa C-347/04.

è riproposto sotto il profilo della deducibilità delle svalutazioni riguardanti dette partecipazioni.

In particolare, mentre le svalutazioni delle partecipazioni in consociate residenti erano immediatamente deducibili, quelle su partecipazioni in consociate stabilite in un altro Stato membro – che non fossero impegnate nello svolgimento di effettiva attività commerciale o industriale – potevano essere dedotte solo rispetto a “futuri redditi provenienti da quello stesso Stato”¹⁷⁶.

Alla contestazione che una simile differenziazione costituiva una restrizione alla libertà di stabilimento, la Germania obiettava che, in realtà, ciò era contraddetto dal fatto che le consociate residenti e quelle non-residenti non potevano considerarsi comparabili¹⁷⁷. Non può sfuggire, tuttavia, l'erroneità della prospettiva adottata da tale Stato membro, il quale – invece di comparare il residente-migrante con il residente-non-migrante – aveva messo a confronto la consociata residente e quella non-residente svolgendo un tipo di ragionamento applicabile da una posizione “host” anziché “origin”, come invece richiedeva la natura del caso.

La risposta della Corte sul punto ha individuato in modo puntuale il vizio dell'impostazione dello Stato membro:

*“(...) il differente trattamento fiscale in questione non riguarda la situazione delle società consociate, a seconda che esse siano o meno stabilite in Germania, ma quella delle società-madre residenti in Germania, a seconda che esse abbiano o meno consociate in altri Stati membri”*¹⁷⁸.

In effetti, ha osservato quindi la Corte, il reale *discrimen* sulla base del quale il vantaggio fiscale era o non era applicato si lasciava identificare nell'elemento di estraneità contenuto nella fattispecie del “migrante” (che si era avvalso della libertà di stabilimento) rispetto al “non-migrante” (che non si era avvalso della libertà di stabilimento).

6.2.4. Agli effetti della deducibilità dei costi sopportati per l'acquisto e la gestione della partecipazione societaria

In *Bosal*, come abbiamo già visto, la Corte ha considerato contraria al diritto di stabilimento una normativa olandese che consentiva a una società-madre residente nei Paesi Bassi di detrarre i costi sostenuti riguardo all'acquisizione di una partecipazione nel capi-

¹⁷⁶ *Rewe Zentralfinanz*, § 18.

¹⁷⁷ *Id.*, § 32.

¹⁷⁸ *Id.*, § 33.

tale di un'altra società solo se anch'essa era assoggettata a imposta nei Paesi Bassi.

6.2.5. Agli effetti dell'applicabilità dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione sui dividendi

Conosciamo l'importanza sistematica del caso *Manninen*: in esso sono stati, infatti, fissati i riferimenti ai quali gli Stati devono attenersi quando disciplinano, da una posizione "origin", le misure atte a eliminare la doppia imposizione economica soci-società nella dimensione del mercato interno.

In tale fattispecie, veniva come noto in rilievo il credito d'imposta. Analogo meccanismo, sempre riservato esclusivamente ai dividendi distribuiti da società residenti, si poneva all'attenzione della Corte in *Meilicke*¹⁷⁹ e in *Commission v. Greece*¹⁸⁰.

Nel caso *Verkooijen*¹⁸¹, di quattro anni precedente a *Manninen*, le stesse conclusioni erano state raggiunte con riguardo al meccanismo dell'esenzione.

La legislazione vigente nei Paesi Bassi prevedeva che i dividendi pagati da società residenti a persone fisiche erano assoggettati a ritenuta alla fonte. Tale ritenuta era a titolo d'imposta per i soci non residenti e a titolo d'acconto per quelli residenti. Per questi ultimi, dunque, la ritenuta fungeva generalmente da anticipo sull'imposta da essi dovuta a titolo definitivo in base alla propria dichiarazione fiscale¹⁸².

A certe condizioni, ma sempreché fosse stata eseguita la ritenuta alla fonte, anche i soci residenti erano esentati dall'obbligo di includere nella propria dichiarazione fiscale i dividendi ricevuti e, dunque, la ritenuta esauriva il prelievo sui dividendi¹⁸³. Tale "esenzione" aveva dichiaratamente due funzioni: da un lato, favorire la capitalizzazione delle società incoraggiando i risparmiatori a investire nel loro capitale; dall'altro, attenuare la doppia imposizione economica socio-società nei confronti dei piccoli azionisti (ai quali il beneficio era riservato)¹⁸⁴.

Il sig. Verkooijen, residente nei Paesi Bassi, aveva acquistato una partecipazione in una società residente in Belgio; partecipazione che soddisfaceva le condizioni per accedere al sopra descrit-

¹⁷⁹ Causa C-292/04.

¹⁸⁰ Causa C- 406/07.

¹⁸¹ Causa C-35/98.

¹⁸² *Verkooijen*, § 8.

¹⁸³ *Id.*, § 9.

¹⁸⁴ *Id.*, § 10.

to regime di "esenzione" dei dividendi distribuitigli. Sennonché, il beneficio gli era negato in quanto tali dividendi – essendo stati distribuiti da una società non residente priva di stabile organizzazione nei Paesi Bassi – non avevano subito alcuna ritenuta alla fonte.

La Corte non ha avuto difficoltà a ravvisare anche qui una restrizione alla libera circolazione dei capitali (e, in particolare, della Direttiva 83/361/EEC che la implementava), poiché il regime di "esenzione" era applicato o non applicato nei confronti del contribuente residente a seconda che, rispettivamente, esso non avesse o avesse "migrato" in un altro Stato membro¹⁸⁵. Tale restrizione, ha rilevato la Corte, si lasciava apprezzare non solo dall'angolo visuale dei contribuenti residenti, poiché essi erano dissuasi dall'investire nel capitale di società non residenti), ma anche da quello delle stesse società non residenti poiché esse vedevano correlativamente frustrata la loro capacità di reperire investitori nei Paesi Bassi¹⁸⁶.

Il profilo "aggiuntivo" posto da questo caso è dato dalla circostanza che le due situazioni da comparare (quella del residente "migrante" e quella del "residente-non-migrante") si "distinguevano", oltre che per la residenza della società partecipata, anche perché solo i dividendi ricevuti dalla società residente scontavano la ritenuta alla fonte. Questa "differenza" si trova in qualche modo valorizzata nell'argomento, speso dal Governo olandese, secondo il quale i contribuenti che ricevevano dividendi da società non-residenti beneficiavano di un vantaggio *vis a vis* quelli che ricevevano dividendi da società residenti¹⁸⁷.

La Corte, per rispondere a quest'obiezione, ha ulteriormente affinato il principio già visto in *Eurowings* secondo il quale, dall'ottica "origin" dell'integrazione negativa, il livello di tassazione, vigente nell'altro Stato non influisce sul giudizio di comparabilità del "residente-migrante" e del "residente-non-migrante", onde non si giustifica che lo Stato della residenza adotti misure compensative al riguardo.

In particolare, nella sentenza *Eurowings* – alla quale la Corte si è richiamata espressamente in *Verrkooijen* – si era stabilito che la comparabilità tra il residente che acquistava servizi da un'impresa residente e quello che li acquistava da un'impresa non residente non

¹⁸⁵ *Id.*, § 34.

¹⁸⁶ *Id.*, § 35.

¹⁸⁷ *Id.*, § 54.

era “influenzata” dal diverso regime fiscale al quale esse – imprese fornitrici – erano rispettivamente soggette nei propri Stati di residenza.

In *Verkooijen* la Corte ha viepiù affermato che il medesimo principio si applica quando è lo stesso “residente-migrante” (e non la società estera che gli presta i servizi o nel cui capitale esso ha investito) ad essere soggetto ad un regime fiscale estero più vantaggioso di quello domestico.

Anche rispetto a questa seconda situazione il paragrafo 61 della sentenza ribadisce, pertanto, che “(...) *un trattamento fiscale sfavorevole in contrasto con una libertà fondamentale non può essere giustificato dall'esistenza di altri vantaggi fiscali, anche supponendo che tali vantaggi esistano*”.

In *Lenz*, dov'era stata eccepita l'incompatibilità del regime di semi-esenzione riservato ai soli dividendi di fonte domestica, la Corte ha così definitivamente affermato la comparabilità tra “soci-residenti-migranti” e “soci-residenti-non-migranti”:

*“Con riguardo a una norma tributaria che mira ad attenuare gli effetti di una doppia imposizione degli utili distribuiti dalla società a favore della quale viene realizzato l'investimento, gli azionisti soggetti in modo illimitato all'imposta in Austria (residenti, n.d.r.) che percepiscono redditi da capitale da una società avente sede in un altro Stato membro si trovano quindi in una situazione paragonabile a quella di azionisti del pari soggetti in modo illimitato all'imposta in Austria (residenti, n.d.r.), ma che percepiscono redditi da capitale da una società avente sede in quest'ultimo Stato membro”*¹⁸⁸.

Non è inutile rammentare che l'eliminazione della doppia imposizione economica sui dividendi non ha un “valore” in sé per il diritto comunitario. Ovvero, e detto diversamente, se uno Stato assoggetta a tassazione gli utili societari, sia “nelle mani” delle società che dei rispettivi soci all'atto della loro distribuzione, l'aggravio che ne deriva non ha alcuna rilevanza *vis a vis* le libertà fondamentali, si tratti di dividendi di fonte domestica o transfrontaliera. Il problema, in effetti, sorge invece quando tale Stato introduca dei sistemi di eliminazione o attenuazione del fenomeno, escludendo dalla sua applicazione i dividendi provenienti da società residenti in altri Stati membri.

Questo, tuttavia, non implica necessariamente che i meccanismi per l'eliminazione della doppia imposizione applicati ai dividendi di fonte domestica e quelli di fonte estera debbano essere gli stessi:

¹⁸⁸ *Lenz*, § 32.

come dimostra la soluzione data dalla Corte a una delle varie questioni sollevate nell'ambito del caso *FII Group Litigation*¹⁸⁹, riguardante il regime di tassazione dei dividendi vigente nel Regno Unito.

A fronte dell'esenzione totale contemplata per i dividendi di fonte domestica, il regime in questione prevedeva che i dividendi distribuiti da una società non-residente subissero un prelievo differente a seconda che l'entità della partecipazione fosse rispettivamente inferiore o superiore al dieci per cento del capitale di tale società.

In particolare, quando la partecipazione era inferiore al 10% del capitale della società non-residente, il Regno Unito:

(i) assoggettava a tassazione i dividendi "nelle mani" del socio residente;

(ii) riconosceva a detto socio un'esenzione dall'imposta per qualsiasi ritenuta alla fonte operata nello Stato di residenza della società distributrice¹⁹⁰.

La Corte ha osservato che i dividendi ricevuti dal "socio-residente-migrante" subivano una doppia tassazione economica (una prima volta in capo alla società non-residente che li distribuiva e una seconda volta in capo al socio residente), atteso che l'esenzione *sub* (ii) copriva solo la ritenuta applicata sui dividendi, ma non l'imposta sottostante applicata alla società non residente.

Più precisamente, lo "(...) sgravio per la ritenuta alla fonte operata nello Stato di residenza della società distributrice (...) ha l'unico effetto di eliminare una doppia imposizione giuridica in capo alla società beneficiaria".

Tale sgravio non escludeva, di contro, "(...) l'imposizione a catena che sussiste qualora gli utili distribuiti sono assoggettati ad imposta, in un primo tempo, a titolo dell'imposta sulle società dovuta dalla società distributrice nello Stato in cui ha sede e, in un secondo tempo, a titolo dell'imposta sulle società dovuta dalla società beneficiaria".

La descritta diversità di trattamento tra il "migrante" e il "non-migrante" è stata, quindi, giudicata incompatibile con la libera circolazione dei capitali in ragione del consueto rilievo che essa aveva "(...) l'effetto di dissuadere le società residenti nel Regno Unito dall'investire i loro capitali in società stabilite in un altro Stato membro (...)"¹⁹¹ e "(...) dal momento che i redditi di capitali di

¹⁸⁹ Causa C-446/04.

¹⁹⁰ *FII*, § 33.

¹⁹¹ *Id.*, § 64

*origine estera sono trattati, sul piano fiscale, in maniera meno favorevole rispetto ai dividendi distribuiti dalle società stabilite nel Regno Unito, le azioni delle società stabilite in altri Stati membri risultano meno attraenti, per gli investitori residenti nel Regno Unito, rispetto a quelle di società che hanno la loro sede in questo Stato membro*¹⁹².

Quando, invece, la partecipazione nella società non-residente superava la soglia del dieci per cento, al socio residente era concesso un credito d'imposta sui dividendi distribuiti da tale società, fino a concorrenza dell'imposta da questa versata nel proprio Stato di residenza in relazione agli utili sottostanti ai dividendi distribuiti¹⁹³.

Rispetto a questo secondo regime (*id est*: credito d'imposta) – riservato appunto al solo “migrante” – si poneva il problema se esso potesse considerarsi meno vantaggioso di quello garantito al “non-migrante” (*id est*: esenzione)¹⁹⁴; e ciò, sia da punto di vista strettamente impositivo, che di quello degli oneri amministrativi aggiuntivi richiesti dal primo regime rispetto al secondo.

In proposito, la Corte ha chiarito che – anche alla luce del fatto che la Direttiva “madre-figlia” lascia liberi gli Stati di applicare entrambi i sistemi¹⁹⁵ – il diritto di stabilimento non osta “(...) in linea di principio, a uno Stato membro di evitare l'imposizione a catena di dividendi percepiti da una società residente applicando disposizioni che esentano tali dividendi dall'imposizione quando sono versati da una società residente, e di evitare l'imposizione a catena dei detti dividendi attraverso il sistema di imputazione quando essi sono versati da una società non residente”¹⁹⁶.

Tale autonomia è però soggetta a due importanti condizioni.

In primo luogo, occorre che “(...) i dividendi di origine estera non siano assoggettati, in questo Stato membro (di residenza del socio, n.d.r.), a un'aliquota d'imposta superiore a quella applicata ai dividendi di origine nazionale”¹⁹⁷.

In secondo luogo, “(...) questo Stato membro (di residenza del socio, n.d.r.) deve evitare l'imposizione a catena dei dividendi di origine estera imputando l'imposta versata dalla società distribu-

¹⁹² *Id.*, § 49.

¹⁹³ *Id.*, § 33.

¹⁹⁴ *Id.*, § 42.

¹⁹⁵ *Id.*, § 44.

¹⁹⁶ *Id.*, § 48.

¹⁹⁷ *Id.*, § 49.

*trice non residente all'imposta applicabile alla società beneficiaria residente nei limiti di quest'ultima".*¹⁹⁸

La Corte, in buona sostanza, ha affermato che lo Stato membro d'origine il quale, al fine di eliminare la doppia imposizione economica sui dividendi, abbia previsto un sistema di esenzione per i dividendi di fonte domestica, non è tenuto ad applicare tale sistema anche ai dividendi di fonte estera; purché il sistema alternativo previsto per questa seconda categoria di dividendi produca – in termini di eliminazione della doppia imposizione economica – gli stessi risultati dell'esenzione.

Al riguardo, fermo restando che l'aliquota riservata ai dividendi di fonte estera non può essere superiore a quella applicata ai dividendi di fonte nazionale, si possono configurare due scenari, a seconda che l'aliquota d'imposta societaria applicata nell'altro Stato sugli utili sottostanti ai dividendi distribuiti sia inferiore o superiore a quella applicata sui dividendi:

(i) nel primo caso, lo Stato di residenza del socio *"deve concedere un credito d'imposta complessivo corrispondente all'imposta versata dalla società distributrice nel suo Stato membro di residenza"*;¹⁹⁹

(ii) nel secondo caso *"(...) deve concedere un credito d'imposta soltanto nei limiti dell'importo dell'imposta sulle società dovuta dalla società beneficiaria (...) e non è tenuto a rimborsare la differenza, vale a dire l'ammontare versato nello Stato membro della società distributrice che eccede l'importo dell'imposta dovuto nello Stato membro della società beneficiaria"*²⁰⁰.

Da ultimo, e in merito ai maggiori oneri amministrativi, la Corte ha osservato che *"(...) il solo fatto che, in confronto ad un sistema di esenzione, un sistema d'imputazione imponga ai contribuenti oneri amministrativi aggiuntivi, in quanto dev'essere provato l'ammontare dell'imposta effettivamente versato nello Stato di residenza della società distributrice, non può essere considerato una differenza di trattamento contraria alla libertà di stabilimento, dal momento che gli oneri amministrativi particolari imposti alle società residenti che percepiscono dividendi di origine estera sono intrinseci al funzionamento di un sistema di credito d'imposta"*²⁰¹.

¹⁹⁸ *Id.*, § 50.

¹⁹⁹ *Id.*, § 51.

²⁰⁰ *Id.*, § 52.

²⁰¹ *Id.*, § 53.

6.2.6. Agli effetti della compensazione infragruppo delle perdite

Sono, ormai, molte le volte che si sono richiamate le decisioni della Corte nei casi *ICI* e *Marks & Spencer*.

Nella prima sentenza, si ricorderà, la Corte ha per la prima volta esaminato un regime fiscale nazionale da un'ottica "origin", dando così seguito e corpo alla "svolta" attuata con *Daily Mail*.

Sebbene entrambe le controversie siano sorte a proposito dei regimi incentivanti garantiti ai gruppi societari residenti e lo Stato d'origine interessato fosse sempre il Regno Unito, non v'è dubbio che *Marks & Spencer* abbia segnato un "salto di qualità" rispetto ad *ICI*. In effetti, mentre in questo secondo caso il vantaggio fiscale non era riconosciuto perché tra le società appartenenti al gruppo ve n'era qualcuna non residente – ma non era stata sollevata la questione della compensabilità in capo alla società-madre residente delle perdite delle consociate estere –, nel primo caso si è invece posta all'attenzione della Corte proprio la problematica dell'estensione del perimetro del consolidato a elementi negativi di reddito generati da società sulle quali lo Stato membro coinvolto non aveva giurisdizione fiscale.

In altre parole, se in *ICI* l'elemento di estraneità non era ancora tale da incidere sull'equilibrata "ripartizione delle potestà impositive statali" perché le perdite da compensare erano comunque state prodotte da consociate residenti, in *Marks & Spencer* tale ripartizione subiva un vero e proprio "*vulnus*" perché al Regno Unito veniva chiesto di ammettere in deduzione le perdite di società delle quali essa non aveva diritto a tassare gli utili. Da qui le note critiche, tra gli altri, dell'Avvocato generale Geelhoed sul quale ci siamo già soffermati nei precedenti paragrafi.

In *ICI*, per i motivi appena accennati, la Corte si è potuta limitare a riconoscere la sussistenza della restrizione rigettando le istanze volte a dimostrare la sua giustificabilità alla luce del principio di ragionevolezza. Il caso *Marks & Spencer*, come vedremo nel prossimo capitolo, ha segnato invece un punto di svolta decisivo per la complessa articolazione data dalla Corte a tale principio, ponendo un precedente che influenzerà in modo rilevante la giurisprudenza successiva, come dimostrano, tra gli altri, i casi *Papillon*²⁰² e *X Holding BV* incentrati, anch'essi, sul carattere restrittivo dei regimi di tassazione consolidata delle imprese quando garantiti esclusivamente in una dimensione "interna" allo Stato di residenza delle rispettive società-madri.

²⁰² Causa C-418/07.

6.2.7. Agli effetti della normativa antielusiva sulle "Controlled Foreign Companies"

In *Cadbury Schweppes* la comparabilità tra società residenti-migranti e società residenti-non-migranti è stata testata sul banco di prova della normativa antielusiva sulle società controllate estere ("CFC") vigente nel Regno Unito. Tale normativa, analogamente a quanto previsto da dispositivi simili adottati da altri Stati, prevedeva che, al ricorrere di certe condizioni, gli utili delle consociate estere delle società-madri residenti fossero imputati per trasparenza in capo a queste ultime e tassati di conseguenza²⁰³. Perché scattasse il regime in questione, occorre che la partecipazione societaria raggiungesse la soglia di almeno il cinquanta per cento del capitale della consociata estera e che l'utile di quest'ultima fosse soggetto nello Stato di residenza a una tassazione di almeno tre quarti inferiore a quella applicabile nello Stato di residenza della società-madre²⁰⁴.

In conformità alla propria matrice anti-abuso – in particolare, contrastare gli arbitraggi fiscali consistenti nel rinviare *sine die* la tassazione sugli utili conseguiti dalla società controllata estera sfruttando il regime di imposizione privilegiata ivi applicato –, la normativa in discorso poteva essere disapplicata al ricorrere di determinati presupposti²⁰⁵; tra questi il superamento del c.d. "motive test", consistente: in primo luogo nella dimostrazione che l'eventuale riduzione qualificata dell'imposta dovuta nel Regno Unito per effetto della costituzione della società "CFC" non costituiva l'obiettivo principale, o uno degli obiettivi principali, della sua esistenza e, in secondo luogo, che la ragione principale o una delle ragioni principali dell'esistenza di detta società non era di ottenere, per l'esercizio in questione, una riduzione dell'imposta nel Regno Unito mediante una distrazione di utili (ritenuta sussistente quando era ragionevole supporre che, se non fosse esistita la società "CFC" o altra società collegata non avente sede nel Regno Unito, gli introiti sarebbero stati percepiti da un residente nel Regno Unito e tassati in capo ad esso)²⁰⁶.

Ebbene, coerentemente con lo schema analitico utilizzato in tutti i casi "origin", la Corte ha "isolato" il "trattamento nazionale" applicato ai "residenti-non-migranti", ossia alle società-madri aventi consociate stabilite nel territorio nazionale o in Stati che non prevedevano un livello di tassazione tale da far scattare la normativa "CFC".

²⁰³ *Cadbury Schweppes*, § 5.

²⁰⁴ *Id.*, § 7.

²⁰⁵ *Id.*, § 8.

²⁰⁶ *Id.*, § 10 e 11.

Questo ha condotto a rilevare che se una società residente costituiva una “CFC” in uno Stato membro dove quest’ultima era soggetta a un minor livello impositivo nel senso della legislazione sulle “CFC”, gli utili realizzati dalla controllata erano, ai sensi della detta legislazione, attribuiti alla società residente e tassati in capo ad essa; al contrario, se la controllata era costituita e assoggettata ad imposta nel Regno Unito o in altro Stato membro in cui non soggiaceva a un livello impositivo minore nel senso della legislazione sulle “CFC”, tale legislazione non trovava applicazione e, conformemente al “trattamento nazionale”, la società residente non veniva più tassata per gli utili della controllata²⁰⁷.

In sostanza, in applicazione della legislazione “CFC”, una società residente “(...) è tassata per gli utili conseguiti da un'altra persona giuridica”²⁰⁸.

Non così, invece, “(...) la società residente che abbia una controllata o soggetta ad imposta nel Regno Unito o stabilita in un altro Stato membro dove non le si applica un minor livello di tassazione”²⁰⁹.

Sulla scorta di queste premesse, la Corte ha raggiunto la conclusione che “(...) il trattamento fiscale differenziato derivante dalla legislazione sulle “CFC” e lo svantaggio che ne risulta per le società residenti che dispongono di una controllata soggetta, in un altro Stato membro (l'Irlanda in questo caso), ad un livello di tassazione inferiore sono atti ad ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di tali società, dissuadendole dal costituire, acquisire o mantenere una controllata in uno Stato membro che applichi alla stessa aliquote siffatte”²¹⁰.

Quanto precede vale agli effetti della comparabilità fra il “migrante” e il “non-migrante”. Nel capitolo successivo vedremo come anche in questo specifico caso la Corte abbia dato grande rilievo alla capacità di riequilibrio del Principio di ragionevolezza, individuando le condizioni alle quali il diverso trattamento – sebbene in principio vietato – poteva considerarsi giustificato.

²⁰⁷ *Id.*, § 44.

²⁰⁸ *Id.*, § 45.

²⁰⁹ *Ibidem.*

²¹⁰ *Id.*, 46.

6.3. Il residente che "migra" costituendo una sede secondaria all'estero è comparabile al residente che non "migra" costituendo una sede secondaria nel proprio Stato di residenza

Nel caso *AMID*²¹¹ veniva in considerazione la situazione di una società residente in Belgio (Algemene Maatschappij voor Investeren en Dienstverlening NV) ed avente una stabile organizzazione nel Lussemburgo. In base alla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Belgio e Lussemburgo il Belgio esentava gli utili conseguiti dalle stabili organizzazioni in Lussemburgo di società residenti.

Nel periodo d'imposta 1981, la società subiva una perdita mentre la stabile organizzazione conseguiva un utile che, dunque, non era attratto a tassazione in Belgio in conformità alla predetta convenzione. La perdita della società era imputata all'utile della stabile organizzazione ma, non essendo quest'ultimo imponibile, essa non veniva dedotta fiscalmente. La società, pertanto, riportava in avanti la perdita all'anno successivo e ivi dedotta dall'utile di periodo della società.

L'Amministrazione fiscale belga contestava che tali perdite non potevano essere portate in avanti in quanto esse erano già state imputate all'utile della stabile organizzazione (non essendo a tal fine rilevante che la deduzione non era stata possibile per effetto dell'esenzione disposta dalla convenzione).

Come conseguenza di quanto precede, si aveva che:

(i) il residente "non-migrante" non incontrava ostacoli nella deduzione delle proprie perdite nell'esercizio del loro conseguimento o in quelli successivi;

(ii) il residente "migrante", invece, non poteva dedurre le proprie perdite, né nell'esercizio del loro conseguimento, poiché l'utile della stabile organizzazione estera andava esente per effetto della convenzione, né negli esercizi successivi poiché il loro riporto in avanti era consentito solo a condizione che esse non fossero già state imputate all'utile della stabile organizzazione estera in un precedente esercizio.

L'aspetto interessante di questa sentenza sta nella comparazione instaurata dalla Corte tra il residente "non-migrante" e il residente che abbia "migrato" costituendo una sede secondaria all'estero.

Ora, nei casi precedenti la comparazione tra il "migrante" e il "non migrante" era avvenuta mettendo in rapporto l'azione carat-

²¹¹ Causa C-141/99.

terizzata dall'elemento di estraneità con la corrispondente azione interna.

Quindi, se (come in *Eurowings*) un residente “migrava” acquistando un servizio da un non residente, il termine di paragone era un residente che acquistava un servizio da un altro residente; e se (come in *Baars*) un residente “migrava” investendo nel capitale di una società non residente, il termine di paragone era un residente che investiva nel capitale di una società anch'essa residente.

In *AMID* abbiamo un residente che “migra” costituendo una sede secondaria all'estero: onde, al fine di individuare il corretto termine di paragone interno, la Corte ha immaginato la situazione di un residente (“non-migrante”) avente solo sedi secondarie nel suo stesso Stato di residenza.

Ebbene, ci pare che il parallelismo in questione dimostri viepiù che tutte le forme di esercizio delle libertà fondamentali sono “replicabili” in una dimensione interna al fine di condurre il giudizio di comparazione tra il “migrante” ed il “non-migrante”. Se quest'operazione non presentava particolari difficoltà quando la libertà in questione si “esprimeva” con l'acquisto di un servizio da una società estera o con l'investimento nel suo capitale sociale (azioni entrambe facilmente replicabili in un contesto “interno”), lo stesso non può dirsi a proposito del confronto tra sedi secondarie “domestiche” e sedi secondarie “estere” visto che le prime sono sostanzialmente prive di una propria rilevanza tributaria.

È difficile, in altre parole, nascondere un certo disagio quando la Corte mette in parallelo la situazione del residente “migrante” che istituisca una sede secondaria in un altro Stato e quella del residente “non-migrante” che la istituisca nel proprio Stato di residenza²¹², e ciò perché la sede secondaria “interna” è un concetto sostanzialmente sconosciuto al diritto tributario sostanziale.

La Corte, tuttavia, affermando che “(...) *una società belga che, non possedendo sedi al di fuori del Belgio, subisca perdite nel corso di un determinato esercizio si trova, ai fini dell'imposta, in una situazione equiparabile a quella della società belga che, avendo una sede in Lussemburgo, subisca perdite in Belgio e realizzi utili in Lussemburgo nel corso dello stesso esercizio*”²¹³, non fa altro che restare coerente a se stessa ed al principio enunciato per la prima volta in *Daily Mail* secondo il quale sono incompatibili con il Trattato tutte le misure imposte dagli Stati atte ad ostacolare i propri resi-

²¹² *AMID*, § 16.

²¹³ *Id.*, § 29.

denti dal trarre vantaggio dalle libertà di movimento, ponendoli in una situazione tale che sarebbe loro potuto risultare più conveniente non avvalersi di siffatte libertà.

Se, quindi, si tiene fede allo schema analitico che vuole la comparazione in ambiente "origin" condotta tra il residente che "migra" e quello che non "migra", e più esattamente all'azione dell'uno e dell'altro, non si ha difficoltà a comprendere come la Corte – per verificare quale sarebbe stato il trattamento del residente il quale, pur compiendo la medesima azione, non "migra" – utilizzi il concetto della "sede secondaria domestica": la sua costituzione, difatti, si atteggia come l'"equivalente interno" dell'azione compiuta dal residente che si sia avvalso della libertà di stabilimento "migrando" nell'altro Stato membro²¹⁴.

In *Lidl Belgium*²¹⁵ si poneva una problematica simile.

Il caso riguardava una disposizione nazionale che prevedeva che le società residenti non avessero il diritto di dedurre le perdite sostenute da stabili organizzazioni di loro appartenenza solo nel caso in cui queste fossero situate in un altro Stato membro.

Fatto salvo per alcune dubbie affermazioni sulla caratterizzazione delle stabili organizzazioni quali "enti", la sentenza evidenzia con chiarezza il ruolo della comparabilità nei casi "origin":

*"Per quanto attiene al regime tributario di cui trattasi nella causa principale, occorre osservare che una disposizione che permette di prendere in considerazione perdite di una stabile organizzazione ai fini della determinazione degli utili e del calcolo del reddito imponibile della società principale costituisce un vantaggio fiscale"*²¹⁶.

In questo passaggio della decisione ci si riferisce al concetto di "stabile organizzazione domestica". Se, infatti, il problema all'origine della rimessione alla Corte era proprio dato dal fatto che il

²¹⁴ L'Avvocato generale Sharpston commenta così le conclusioni della Corte in *AMID* al paragrafo 33 del parere da essa reso nel caso *Deutsche Shell*: "Ricordo che un problema analogo era insorto nella causa *AMID*. Nella suddetta causa, il Belgio ha sostenuto che le imprese belghe che avevano una succursale in un altro Stato membro non si trovavano nella stessa situazione delle imprese che avevano concentrato tutte le proprie operazioni in Belgio. Le due categorie di imprese si sarebbero sempre trovate in una situazione differente, per cui l'applicazione di un regime fiscale che dà luogo a risultati diversi non avrebbe necessariamente costituito una discriminazione. La Corte ha respinto tale argomento, affermando che le suddette differenze non sono atte a spiegare la diversità di trattamento fra i due tipi di società (13).

²¹⁵ Causa C-414/06.

²¹⁶ *Lidl Belgium*, § 23.

vantaggio fiscale costituito dalla deducibilità delle perdite non era riconosciuto alle stabili organizzazioni estere, è gioco-forza pensare che il “termine di paragone interno” considerato dalla Corte sia dato da una società avente una “stabile organizzazione interna”.

Si spiega così il punto successivo:

*“Tuttavia, la disposizione del suddetto regime tributario non concede tale vantaggio fiscale ove le perdite provengano da una stabile organizzazione situata in uno Stato membro diverso da quello in cui ha la sede la società principale”*²¹⁷.

La comparazione avviene pertanto tra un residente-migrante che si identifica in una società residente con stabile organizzazione all'estero e un residente-non-migrante che si identifica in una società con stabile organizzazione nello stesso Stato di residenza di tale società. Come segue:

*“In tali circostanze, la situazione fiscale di una società con sede sociale in Germania e che possiede una stabile organizzazione in un altro Stato membro è meno favorevole di quella che si presenterebbe se quest'ultimo soggetto fosse stabilito in Germania. In ragione di tale differenza di trattamento fiscale, una società tedesca potrebbe essere dissuasa dall'esercitare le proprie attività tramite una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro”*²¹⁸.

D'onde il corollario che “(...) il regime tributario di cui trattasi nella causa principale comporta una restrizione alla libertà di stabilimento”²¹⁹.

Il ragionamento della Corte è stato ulteriormente affinato in *Krankenheim*²²⁰ dove la questione delle perdite sofferte dalle stabili organizzazioni estere si presentava sotto le sembianze del regime fiscale vigente in Germania, secondo il quale tali perdite potevano in effetti essere dedotte dalla casa-madre nel proprio Stato di residenza²²¹, ma tale deduzione poteva essere neutralizzata fino a concorrenza degli utili eventualmente conseguiti dalla stabile organizzazione estera negli esercizi successivi²²².

Al paragrafo 35 della sentenza la Corte ha dato atto che la Germania “(...) ha garantito un vantaggio fiscale alla società residente

²¹⁷ *Id.*, § 24.

²¹⁸ *Id.*, § 25.

²¹⁹ *Id.*, § 26.

²²⁰ Causa C-157/07.

²²¹ *Krankenheim*, § 14.

²²² *Id.*, § 16.

con stabile organizzazione in Austria, come se quella stabile organizzazione fosse stata costituita in Germania"²²³.

Questo passaggio è significativo perché conferma, esplicitamente, che il termine di comparazione da utilizzare per verificare il rispetto del "trattamento nazionale" quando viene in considerazione una società residente con stabile organizzazione all'estero è quello del suo omologo con stabile organizzazione domestica.

Tuttavia, ha notato sempre la Corte, la successiva ripresa a tassazione della deduzione aveva l'effetto di "revocare" il vantaggio fiscale facendo sì che la legislazione tedesca "(...) *assoggetta le società residenti con una stabile organizzazione in Austria a un trattamento meno favorevole di quello goduto da società residenti con stabili organizzazioni situate in Germania*"²²⁴.

Il caso dovrà essere ripreso in esame nel capitolo successivo per l'interessante utilizzo che la Corte ha ivi fatto del principio di ragionevolezza, onde giustificare la restrizione al diritto di stabilimento causata dal diverso trattamento del "migrante" e del "non-migrante".

6.4. Il residente che "migra" investendo in o mantenendo una partecipazione in una società residente in un altro Stato membro non è comparabile al residente che "migra" costituendo una sede secondaria in un altro Stato membro

Nel caso *X Holding BV*²²⁵ la Corte ha fornito un'importante precisazione in merito al diverso atteggiarsi della comparabilità tra società e sedi secondarie a seconda che la questione si ponga in una dimensione "host" piuttosto che "origin".

In *X Holding BV* la fattispecie si presentava in una forma assai simile a quella esaminata nel caso *Marks & Spencer*, venendo anche qui in considerazione il problema dell'estensione transfrontaliera della disciplina sul consolidato fiscale e, in particolare, del diritto della società-madre consolidante di dedurre, nel proprio Stato di residenza, le perdite sofferte dalle consociate estere.

Il caso solleva rilevanti profili d'interesse per quanto attiene alla declinazione del principio di ragionevolezza; ed è, infatti, nella

²²³ *Id.*, § 35.

²²⁴ *Id.*, § 37.

²²⁵ Causa C-337/08.

sede dedicata all'analisi di tale principio²²⁶ che se ne dovrà parlare più diffusamente.

Qui interessa segnalare che la Corte, a fronte dell'argomento speso dalla Commissione e dalla stessa *X Holding BV* secondo il quale le società controllate non residenti potevano essere trattate, nell'ambito di un'entità fiscale transfrontaliera, alla stregua delle stabili organizzazioni estere²²⁷, ha messo in evidenza come “(...) *la circostanza che uno Stato membro decida di consentire la temporanea imputazione delle perdite di una stabile organizzazione estera alla sede centrale dell'impresa non implica che tale possibilità debba essere concessa anche alle controllate non residenti di una società controllante residente*”²²⁸.

La ragione di tale conclusione sta nella non-comparabilità delle due fattispecie:

*“Le stabili organizzazioni situate in un altro Stato membro e le controllate non residenti non si trovano, infatti, in una situazione comparabile per quanto attiene alla ripartizione del potere impositivo quale risultante da una convenzione come quella volta ad evitare la doppia imposizione, e in particolare dai suoi artt. 7, n. 1, e 23, n. 2. Infatti, mentre la controllata, persona giuridica autonoma, è interamente soggetta a imposizione nello Stato che ha aderito a siffatta convenzione ed in cui essa ha la propria sede, diverso è il caso della stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, la quale in via di principio e in parte rimane soggetta alla competenza fiscale dello Stato membro di origine”*²²⁹.

Ma il punto davvero rilevante della risposta della Corte sta nell'affermazione che la comparazione deve essere operata – non tra due forme di “migrazione”, ma – tra una “migrazione” e una “non-migrazione”. In particolare, lo Stato membro d'origine resta “(...) libero di determinare i presupposti ed il livello di imposizione

²²⁶ Il Capitolo V.

²²⁷ *X Holding BV*, § 35. La *ratio* della deduzione della Commissione e del contribuente si rintraccia nella circostanza che i Paesi Bassi adottavano un sistema diverso per le consociate estere, da un lato, e le sedi secondarie estere, dall'altro. In particolare, mentre le perdite delle prime non erano consolidabili, quelle delle seconde potevano essere dedotte dalla casa-madre residente, fermo restando il loro recupero a tassazione (*recapture*) qualora la sede secondaria avesse realizzato un utile in un esercizio successivo. In sostanza, secondo il loro argomento, non avrebbe dovuto esserci diversità di trattamento tra il “migrante-residente” che costituiva all'estero una sede secondaria e il “migrante-residente” che, invece, costituiva una consociata.

²²⁸ *Id.*, § 37.

²²⁹ *Id.*, § 38.

delle diverse forme di centri di attività delle società nazionali operanti all'estero, salvo accordare loro un trattamento che non sia discriminatorio rispetto ai centri di attività nazionali"²³⁰.

La conclusione che se ne può trarre è nel che:

(i) la scelta del non-residente di esercitare il diritto di stabilimento nello Stato ospitante ivi costituendo una sede secondaria oppure una consociata è equivalente e, quindi, tale Stato non può farvi dipendere il rispetto del principio del "trattamento nazionale"²³¹ (in altre parole: il non-residente che "migra" nello Stato ospitante è comparabile al residente indipendentemente dal fatto che tale "migrazione" avvenga aprendo una sede secondaria oppure costituendo – o investendo nel capitale di – una società);

(ii) la scelta del residente di esercitare il diritto di stabilimento in un altro Stato costituendo una sede secondaria oppure una consociata non è, invece, equivalente agli effetti del rispetto del principio del "trattamento nazionale" da parte del suo Stato di residenza (in altre parole: il "residente-migrante" che apra una sede secondaria in un altro Stato membro e quello che costituisca – o investa nel capitale di – una società in un altro Stato membro non sono allo stesso modo comparabili al "residente-non-migrante").

6.5. Il residente che "migra" acquistando servizi da un fornitore non-residente è comparabile al residente che non "migra" acquistando servizi da un fornitore residente

Del caso *Eurowings* abbiamo già discusso quando lo abbiamo richiamato come esempio paradigmatico dei passaggi logici sui quali si articola il ragionamento svolto dalla Corte nella dimensione "origin".

Tuttavia, già in *Safir*²³² la Corte si era espressa sull'incompatibilità della normativa vigente in Svezia nella parte in cui applicava

²³⁰ *Id.*, § 40.

²³¹ Cfr. il paragrafo il § 22 di *Avoir fiscal*: "(...) il fatto che le imprese assicuratrici la cui sede sociale si trova in un altro Stato membro siano libere di scegliere la forma dell'affiliata, onde poter fruire del credito fiscale, non può giustificare la differenza di trattamento. Infatti, dato che l'art. 52, primo comma, seconda frase, lascia espressamente agli operatori economici la possibilità di scegliere liberamente la forma giuridica idonea per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro, questa libera scelta non dev'essere limitata da disposizioni fiscali discriminatorie".

²³² Causa C-118/96. Il tema della deducibilità dei contributi pensionistici, assicurativi o previdenziali, oltre che nei casi citati nel testo, torna in *Bachmann*, *Commission v. Belgium*, *Wielockx* e *Commission v. Denmark*.

per le assicurazioni sulla vita di capitalizzazione un regime fiscale diverso secondo che esse fossero concluse con compagnie stabilite o meno in Svezia; e sin da allora la Corte aveva fatto ricorso al giudizio di comparazione tra il “migrante” ed il “non migrante”, sia dal punto di vista del fornitore dei servizi assicurativi che del loro utilizzatore, statuendo che “(...) una normativa del genere di cui trattasi nella causa principale presenta una serie di elementi atti a dissuadere il contraente dal concludere assicurazioni sulla vita di capitalizzazione presso compagnie non stabilite in Svezia oltretutto a dissuadere le compagnie di assicurazioni dall’offrire i loro servizi sul mercato svedese”²³³.

Anche in *Danner*²³⁴ la libera circolazione dei servizi veniva in rilievo sotto il profilo della restrizione ad essa arrecata dalla normativa finlandese laddove restringeva o non ammetteva la deducibilità dei premi assicurativi versati da un contribuente residente ad imprese stabilite in Germania quando, invece, tali premi erano deducibili se versati a imprese residenti in Finlandia²³⁵.

La stessa fattispecie si prospettava nel caso *Skandia*²³⁶, con la differenza che la normativa svedese prevedeva che i premi assicurativi per le pensioni integrative di vecchiaia dei dipendenti erano deducibili – per il datore di lavoro che li aveva versati – secondo una tempistica diversa a seconda che la compagnia assicurativa fosse o meno residente in Svezia: nel primo caso erano deducibili al momento della loro corresponsione, mentre nel secondo lo erano al momento nel quale l’assicurato riceveva – e assoggettava a tassazione – il trattamento pensionistico.

Il diverso – e meno favorevole – trattamento riservato al residente “migrante” rispetto a quello “non-migrante” si sostanziava, dunque, in uno “svantaggio dal punto di vista finanziario”²³⁷ contrario al principio del “trattamento nazionale”. Nel caso *Jobra*²³⁸ la Corte ha applicato la tecnica analitica già sviluppata nei casi che si sono appena visti ad una misura nazionale consistente nella concessione di un contributo in conto esercizio per l’acquisto di beni strumentali subordinato alla condizione che essi fossero “utilizzati” nel territorio dello Stato di residenza delle imprese beneficiarie (l’Austria). Non sorprende che la sentenza abbia accertato che

²³³ *Safir*, § 24.

²³⁴ Causa C-436/00.

²³⁵ *Danner*, § 24.

²³⁶ Causa C-422/01.

²³⁷ *Skandia*, § 28.

²³⁸ Causa C-330/07.

*"(...) una normativa nazionale come quella in questione nella causa principale che assoggetta gli investimenti relativi a beni, i quali, messi a disposizione a titolo oneroso, vengono utilizzati in altri Stati membri, ad un regime fiscale meno favorevole rispetto a quello riservato agli investimenti relativi a siffatti beni utilizzati sul territorio nazionale, può scoraggiare le imprese che possono aver diritto a tale agevolazione fiscale dal fornire servizi di locazione agli operatori economici che esercitano attività in altri Stati membri"*²³⁹.

6.6. Il residente "migrante" e il residente "non-migrante" sono comparabili agli effetti di una disciplina anti-abuso volta a contrastare le pratiche di transfer-pricing

Il caso *SGI*²⁴⁰, come *Cadbury Schweppes*, è stato innescato dalla denuncia del presunto carattere restrittivo di una misura nazionale avente uno scopo anti-abusivo. Nel caso di specie, la normativa belga contemplava la tassazione in capo alle società residenti del valore dei *"vantaggi straordinari o senza contropartita"*²⁴¹ da esse concessi a società collegate, direttamente o indirettamente, da vincoli d'interdipendenza.

Secondo la disciplina in questione tale recupero a tassazione del valore del *"vantaggio"* era escluso qualora esso fosse preso in considerazione nella determinazione dei redditi imponibili della società beneficiaria.

L'esclusione – ed è questo il profilo restrittivo individuato dalla Corte – operava tuttavia solo se il beneficio era concesso a un'altra società residente; se, infatti, la società percipiente aveva la sede in un altro Stato membro, il valore del beneficio stesso era comunque tassato in capo alla società erogante indipendentemente dal fatto che il medesimo scontasse o no il prelievo in capo alla società percipiente nel proprio Stato di residenza²⁴²:

²³⁹ *Jobra*, § 27.

²⁴⁰ Causa C- 311/08.

²⁴¹ *SGI*, § 3.

²⁴² Nella specie, la S.A. Société de Gestion Industrielle (SGI) aveva concesso un prestito infruttifero alla società francese Recydem nella quale deteneva una partecipazione del 65% facendo altresì parte del suo consiglio di amministrazione. Il Fisco belga, in base all'art. 26 del *Code des impôts sur les revenus* 1992 ("CIR 92") aveva aggiunto all'utile della SGI una somma pari agli interessi calcolati al tasso annuo del 5% teoricamente maturati sul predetto prestito infruttifero.

“Nella fattispecie è pacifico che, in forza della normativa di cui trattasi nella causa principale, i benefici straordinari o senza contropartita concessi da una società residente ad una società collegata a quest’ultima da un vincolo d’interdipendenza vengono aggiunti agli utili propri di questa prima società solo se la società beneficiaria è stabilita in un altro Stato membro. Invece, una società residente non è assoggettata a imposizione su un beneficio siffatto qualora quest’ultimo venga concesso ad un’altra società residente rispetto alla quale esiste un tale vincolo, purché detto beneficio sia considerato per determinare i redditi imponibili di quest’ultima”²⁴³.

La suddetta premessa ha, come di consueto, preluso all’individuazione della violazione del trattato nel fatto che ai due termini della comparazione – il “residente-migrante” e il “residente-non-migrante” – non era applicato lo stesso “trattamento nazionale”:

“Ne consegue che la situazione fiscale di una società residente in Belgio che concede, come la SGI, benefici straordinari o senza contropartita a società collegate a quest’ultima da un vincolo d’interdipendenza e stabilite in altri Stati membri, è meno favorevole di quella di cui godrebbe tale società se essa concedesse benefici siffatti a società residenti ad essa collegate”²⁴⁴.

La sentenza è importante, non solo per l’innovativa architettura delle giustificazioni che – si vedrà anche nel prossimo capitolo – la Corte ha accettato nel caso di specie; ma anche perché essa ha riconosciuto la comparabilità del *transfer pricing* propriamente detto con il c.d. *transfer pricing* interno (caratterizzato, come noto, dal fatto che le parti correlate tra le quali intercorre l’operazione anomala sono entrambe residenti nel territorio dello Stato).

Mette conto, tuttavia, evidenziare che la normativa belga oggetto del caso in esame non aveva propriamente una funzione di contrasto al “solo” *transfer pricing*: essa, infatti e come si è visto, non stabiliva una applicazione generalizzata del parametro del valore normale a tutte le transazioni tra parti correlate (come fanno invece le normative sui prezzi di trasferimento), ma di quelle marcatamente “anti-economiche”, come può essere appunto la concessione di un “vantaggio straordinario o senza contropartita”. Inoltre, e questo rappresenta un ulteriore elemento di distinzione, la ripresa a tassazione del valore normale del “vantaggio” in capo al soggetto erogante non avveniva se esso risultava attratto a tassazione in capo

²⁴³ SGI, § 42.

²⁴⁴ *Id.*, § 43.

al beneficiario (sia pur solo se residente); elemento questo che non rileva, invece, agli effetti delle normative in tema di *transfer pricing*.

Questo spiega il motivo per il quale la Corte ha ritenuto che, per giustificare la restrizione causata dalla normativa belga, non fosse sufficiente invocare solo l'esigenza di garantire l'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati, essendo a tal uopo necessario che ricorresse – contemporaneamente – anche l'esigenza di contrastare l'elusione fiscale.

I corollari che si possono trarre dalla sentenza sembrano dunque così riassumibili:

(i) la Corte ha ritenuto che una disciplina nazionale sui prezzi di trasferimento che si applichi solo qualora la società legata da vincoli di interdipendenza sia non residente costituisce di per sé una restrizione al diritto di stabilimento;

(ii) tuttavia, una tale normativa è giustificata da due esigenze imperative di pubblico interesse che debbono ricorrere simultaneamente: assicurare una equilibrata allocazione dei poteri impositivi degli Stati e combattere l'elusione fiscale;

(iii) la prima giustificazione è connaturata alle discipline sul *transfer pricing*;

(iv) la seconda giustificazione, invece, ricorre solamente laddove la normativa nazionale colpisca le costruzioni di "*puro artificio*"²⁴⁵ tramite le quali "(...) vengano organizzati trasferimenti di redditi in seno a società collegate in direzione di quelle stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati"²⁴⁶;

(v) pertanto, in difetto di un tale requisito della normativa (*id est*: l'essere volta a contrastare "*trasferimenti di redditi in seno a società collegate in direzione di quelle stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati*"), la restrizione al diritto di stabilimento attuata in ossequio alle discipline sul *transfer pricing* dovrebbe ritenersi non proporzionata rispetto alla soddisfazione dell'esigenza di combattere l'elusione fiscale;

(vi) poiché le cause di giustificazione debbono ricorrere simultaneamente, si deve concludere che – fuori dalle ipotesi individuate al punto *sub* (iv) – le normative sui prezzi di trasferimento (a meno

²⁴⁵ *Id.*, § 67.

²⁴⁶ *Ibidem*.

che esse non operino anche nella dimensione domestica²⁴⁷) dovrebbero ritenersi incompatibili con il Trattato²⁴⁸.

6.7. Il residente che “migra” trasferendo la propria residenza all'estero è comparabile al residente che non “migra” mantenendo inalterata la propria residenza

6.7.1. Introduzione

L'adozione dei criteri di allocazione delle potestà impositive nazionali previsti dalla prassi internazionale e adottati dalla quasi totalità dei Paesi e, in particolare, di quello consistente nella distinzione tra residenti (tassabili sul reddito ovunque prodotto) e non-residenti (tassabili esclusivamente sul reddito prodotto nel territorio dello Stato) – ha determinato gli Stati a disciplinare speciali meccanismi – comunemente denominati “*exit taxes*” – volti ad evitare che il trasferimento della residenza dei contribuenti pregiudichi l'integrità della loro giurisdizione fiscale.

Con un fenomeno tutto sommato non dissimile da quello che accade quando un bene relativo all'impresa viene espulso dal perimetro aziendale, la perdita dello *status* di residente da parte di un contribuente implica che lo Stato da quale costui emigra viene “declassato” da Stato della residenza a – sempre che costui vi mantenga delle fonti di reddito – Stato della fonte. La conseguenza di tale mutamento di qualifica è, ovviamente, che la competenza fiscale di quello Stato viene “svuotata” di tutte le fattispecie impositive che presuppongono la residenza del contribuente; si pensi, ad esempio, alla tassazione dei *capital gains* relativi a partecipazioni detenute in società non-residenti.

In effetti, il problema qui tratteggiato si pone in modo particolare proprio con riferimento ai beni che generano plusvalenze e che non ricadono sotto la giurisdizione dello Stato di “emigrazione” nella qualità di Stato della fonte²⁴⁹. Le questioni al riguardo sono essenzialmente due:

²⁴⁷ Ovvero al c.d. “*transfer pricing* interno”.

²⁴⁸ L'impostazione della Corte di cassazione, per quanto a nostro avviso non supportata dal tenore dell'art. 110 settimo comma del TUIR ed estranea alla logica stessa del *transfer pricing* elaborata a livello internazionale, presenta un indubbio “lato positivo” in quanto sottrae tale proposizione normativa al rischio che sia dichiarata incompatibile con il diritto di stabilimento. La circostanza, infatti, che essa si renda applicabile solo alle fattispecie nelle quali sussiste un arbitraggio fiscale la fa ricadere a pieno titolo sotto l’“ombrello protettivo” delineato dalla sentenza *GSI*.

²⁴⁹ Se il bene del contribuente che cambia residenza ricade comunque sotto la giurisdizione fiscale dello Stato dal quale avviene il trasferimento, il proble-

(i) in primo luogo, la ripartizione del potere impositivo tra lo Stato di "partenza" e quello di "arrivo" per quanto attiene alle plusvalenze latenti (*id est*: maturate e non realizzate) alla data del trasferimento della residenza e quelle maturate ed eventualmente realizzate a partire da tale data;

(ii) in secondo luogo, il riconoscimento dei valori fiscali dei beni "presi in carico" dallo Stato di arrivo.

Le c.d. *exit taxes* costituiscono prelievi che contemplano il trasferimento di residenza del contribuente quale elemento materiale del proprio presupposto. Così, ad esempio, l'art. 166 del TUIR – nella versione previgente alle modifiche imposte dall'adeguamento ai principi sanciti dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza che andiamo adesso a illustrare (principi recepiti al comma 2-*quater* di tale proposizione normativa) – prevedeva che il trasferimento all'estero (ivi compresi gli Stati appartenenti all'Unione europea) della residenza fiscale dei soggetti svolgenti imprese commerciali costituiva realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non fossero confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.²⁵⁰

Ebbene, non è difficile cogliere l'intensa capacità restrittiva sulle libertà fondamentali astrattamente (ossia in mancanza di correttivi) esercitata da tali presidi fiscali; e dunque non sorprende che essi siano al centro di un corposo filone giurisprudenziale nel quale la Corte ha stabilito le condizioni e i limiti della loro compatibilità comunitaria.

In questo paragrafo ci limiteremo a richiamare l'attenzione sulle *rationes* sottese all'accertamento della comparabilità tra il "migrante" e il "non-migrante" *vis a vis* le c.d. *exit taxes*, rinviando al capitolo successivo l'esame di come la Corte – utilizzando il principio di ragionevolezza – abbia trovato un equilibrio tra la necessità di contrastare la restrizione alle libertà di movimento provocate da tali prelievi e quella di tutelare le prerogative impositive dello Stato di "partenza".

Si intuisce che, per la natura stessa della restrizione, i casi che si sono presentati alla Corte hanno tutti una connotazione "origin",

ma trattato nel testo non si pone in quanto, da un lato, tale Stato mantiene la competenza anche se a titolo diverso (fonte anziché residenza) e, dall'altro, la ripartizione del potere impositivo con altri Stati trova la propria disciplina negli ordinari strumenti predisposti dalla prassi internazionale.

²⁵⁰ Come si accennava poco addietro, ove il bene plusvalente resti sotto l'"ombrello impositivo" dello Stato di "partenza", il problema causato dal trasferimento di residenza non ha modo di materializzarsi.

essendo appunto lo Stato d'origine quello che primariamente può ostacolare il cambio della residenza fiscale.

Sempre in via preliminare, conviene richiamare l'attenzione sulla stretta correlazione esistente tra il tema della “migrazione fiscale” (*id est*: del trasferimento della residenza fiscale), che discutiamo adesso, e quello della “migrazione societaria” (*id est*: del trasferimento della sede legale o della sede effettiva e/o del mutamento della legge regolatrice), già affrontato nel Capitolo I trattando della latitudine del diritto di stabilimento. La correlazione dipende dalla circostanza che se la “migrazione fiscale” può avvenire indipendentemente dalla “migrazione societaria”, non è vero il contrario, nel senso che la “migrazione societaria”, di regola, determina anche la “migrazione fiscale”.

Può pertanto accadere che il divieto imposto da uno Stato membro a una “migrazione societaria” (come in *Daily Mail* o *Cartesio*), pur non costituendo una restrizione vietata dal punto di vista societario in ragione della nota autonomia della quale godono gli Stati nella determinazione dei criteri in funzione dei quali una società può ritenersi “esistente”, potrebbe costituire lo strumento indiretto per imporre una restrizione di tipo fiscale che, di regola, è invece vietata dal diritto comunitario.

In termini maggiormente pratici, prendiamo ad esempio il caso *Cartesio* nel quale la Corte ha confermato che era nel diritto dell'Ungheria di imporre la liquidazione – con conseguente realizzo “fisiologico”²⁵¹ delle plusvalenze latenti – ad una società ivi costituita che intendeva trasferire la propria sede legale in Italia continuando ad essere regolata dal diritto societario di tale primo Stato. Ebbene, se l'Ungheria, anziché vietare il trasferimento della sede, avesse invece collegato il mutamento della sua residenza fiscale ad una “*exit tax*” – con conseguente realizzo “assimilato” delle plusvalenze latenti –, si sarebbe determinata la reazione contraria del diritto comunitario trattandosi, in quel caso, di una “migrazione fiscale”.

Ecco allora che, tenendo conto anche dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte verificatasi proprio in *Cartesio* a proposito delle “migrazioni societarie” che determinino una “conversione” (*id est*: mutamento della legge applicabile) della società “migrante” in

²⁵¹ Quando parliamo di realizzo “fisiologico” intendiamo dire che esso avviene per effetto delle norme sulla liquidazione societaria, e non perché il trasferimento della residenza sia stato attratto all'interno del presupposto d'imposta come suo autonomo elemento materiale.

un "tipo" previsto dall'ordinamento di "arrivo, le possibili interazioni tra le due forme di "migrazione" sembrano essere le seguenti:

(i) il soggetto (persona fisica o societario) di nazionalità dello Stato (A) intende spostare la propria residenza fiscale nello Stato (B): l'ostacolo fiscale ("exit tax") eventualmente frapposto a tale tipologia di "migrazione" (solo fiscale) non chiama in causa la giurisprudenza "societaria" di *Daily Mail* e *Cartesio* (ma²⁵² quella "fiscale" sviluppata a partire da *Lasteyrie-du-Saillant* e confluita in *National Grid Indus BV*²⁵³);

(ii) il soggetto (societario) regolato dalla legge dello Stato (A) intende spostare la sede legale o la sede effettiva nello Stato (B), continuando ad essere regolato dalla legge del primo Stato²⁵⁴: l'ostacolo societario eventualmente frapposto a tale tipologia di "migrazione" (societaria e fiscale) non è incompatibile con il diritto comunitario così come non lo sono le conseguenze fiscali "fisiologiche" che ne derivano (si tratta della fattispecie verificatasi in *Daily Mail* e *Cartesio*);

(iii) il soggetto (societario) regolato dalla legge dello Stato (A) intende spostare la sede legale o la sede effettiva nello Stato (B), convertendosi in un "tipo" previsto dalla legge di tale secondo Stato: l'ostacolo societario eventualmente frapposto a tale tipologia di "migrazione" (societaria e fiscale) è incompatibile con il diritto comunitario (come stabilito in *Cartesio*).

Nei casi *sub* (i) e *sub* (iii) possono venire in considerazione anche ostacoli di natura fiscale ("exit taxes") che, come abbiamo notato, non sono "toccati" dalla giurisprudenza "societaria" di *Daily Mail* e *Cartesio*. È proprio di tali casi che ci occupiamo qui di seguito.

6.7.2. Il trasferimento di residenza delle persone fisiche

Un caso *ante litteram* di ostacolo frapposto alla "migrazione fiscale" di una persona fisica è quello che abbiamo incontrato in *Biehl* e in *Commission v. Luxembourg* (c.d. *Biehl II*). Tale ostacolo, in realtà, operava sia in "entrata" che in "uscita" facendo sì che ai contribuenti i quali non risultavano residenti nel territorio del Lussemburgo per l'intero anno fiscale – avendo acquisito

²⁵² Vedi il paragrafo 6.7.3. che segue.

²⁵³ Causa C- 371/10.

²⁵⁴ Ipotesi, questa, immaginabile solo laddove lo Stato d'origine non adotti il criterio di collegamento c.d. della "sede reale" oppure, comunque, non imponga condizioni al trasferimento della sede come avvenuto in *Daily Mail*: in tal caso lo Stato d'origine, pur adottando il criterio del "luogo di costituzione" prevedeva nondimeno un vincolo al trasferimento costituito dall'autorizzazione del Governo.

(profilo della “*entry tax*”) o perduto (profilo della “*exit tax*”) tale residenza in corso d’anno – veniva precluso l’ottenimento, come viceversa era consentito ai contribuenti residenti per l’intero periodo d’imposta, del rimborso delle somme prelevate a titolo di ritenuta alla fonte sui rispettivi redditi di lavoro nella misura eccedente l’imposta da essi effettivamente dovuta in relazione a quegli stessi redditi.

Nel caso *Lasteyrie-du-Saillant*²⁵⁵, la Corte si è occupata di una disposizione vigente in Francia secondo la quale il contribuente che – essendo stato ivi residente per almeno sei degli ultimi dieci anni – trasferiva la propria residenza in un altro Stato, era sottoposto ad un prelievo a titolo di imposta sul reddito calcolato sulle plusvalenze latenti delle partecipazioni societarie superiori ad una certa soglia che fosse stata detenuta dal contribuente stesso, dal coniuge o dai discendenti in linea retta negli ultimi cinque anni.

Il contribuente, previa nomina di un rappresentante fiscale, la prestazione di idonee garanzie e l’assunzione dell’obbligazione di presentare la dichiarazione annuale dei redditi in Francia, poteva ottenere il rinvio del prelievo al momento dell’effettivo realizzo, nel qual caso le imposte versate all’estero erano scomputate da quanto dovuto in tale Stato.

Le suddette obbligazioni si estinguevano al decorso di cinque anni dal trasferimento o al riacquisto della residenza francese, a seconda dell’evento che si verifica prima²⁵⁶.

La Corte ha dato atto al Governo francese che la disposizione controversa non impediva al contribuente di esercitare il suo diritto di stabilimento. Essa, tuttavia, aveva un sicuro effetto dissuasivo poiché sottoponeva il contribuente desideroso di trasferire il domicilio fuori dal territorio francese, nell’ambito dell’esercizio del diritto a esso garantito dal diritto di stabilimento “(...) *ad un trattamento sfavorevole rispetto ad una persona che conserva la sua residenza in Francia*”²⁵⁷.

Infatti costui, per il solo fatto di un trasferimento del genere diventava “(...) *debitore di un’imposta su un reddito non ancora realizzato e di cui egli quindi non dispone, mentre, se egli risiede in Francia, le plusvalenze sarebbero imponibili solo se e quando fossero effettivamente realizzate*”²⁵⁸.

²⁵⁵ Causa C-9/02.

²⁵⁶ *Lasteyrie-du-Saillant*, § 4-10.

²⁵⁷ *Id.*, § 46.

²⁵⁸ *Ibidem*.

Una tale disparità di trattamento tra il "migrante" e il "non-migrante", unita alle modalità di applicazione della misura quali, in particolare, la necessità della prestazione della garanzia ha condotto la Corte alla conclusione che la stessa ammontasse ad una restrizione alla libertà di stabilimento²⁵⁹.

Si può notare come la Corte in questo caso – quasi come non fosse totalmente certa della validità del confronto tra il "migrante" e il "non-migrante" da essa condotto – abbia proceduto a una "seconda" valutazione, la quale invece viene solitamente utilizzata solo allorché si ritiene che la disposizione in questione non sia selettiva (a causa della mancata comparabilità delle situazioni in gioco, come in *Truck Center*, o perché la disposizione nazionale è "imparziale", come in *Futura*).

In particolare, nonostante avesse rilevato che la disposizione nazionale trattava diversamente (e sfavorevolmente) situazioni comparabili – il che sarebbe stata una motivazione sufficiente per valutare tale disposizione come restrittiva – la Corte ha comunque analizzato l'ostacolo che questa realizzava a danno delle libertà fondamentali dei contribuenti (alla luce delle misure in base alle quali l'"exit tax" veniva riscossa) e ha concluso che tale analisi "conferma" l'effetto restrittivo del trattamento in questione²⁶⁰.

Il successivo caso *N*²⁶¹, riguardante il sistema olandese, presentava delle problematiche del tutto simili, ed infatti la Corte è pervenuta alla medesima conclusione in punto di comparabilità delle situazioni del "migrante" e del "non-migrante" e di sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento.

Sul versante, invece, delle cause di giustificazione l'approdo è stato diverso; e ciò, come si vedrà a breve, per il diverso scopo delle due normative: l'una (quella francese), ispirata da una logica antieclusiva, di prevedere in via generalizzata l'imposizione fiscale delle plusvalenze latenti delle partecipazioni in caso di trasferimento della residenza²⁶²; l'altra (quella olandese) di garantire un equilibrato

²⁵⁹ *Id.*, § 48.

²⁶⁰ *Id.* §47-48. Si sarebbe potuto sostenere che, alla luce dello scopo della disposizione nazionale in questione, le due situazioni non fossero comparabili: infatti, mentre il trasferimento della residenza produce effetti sulla giurisdizione di uno Stato membro, il mantenimento della stessa non produce tali effetti. In tal caso, la Corte avrebbe potuto concludere che la misura era comunque restrittiva poiché ostacolava l'esercizio della libertà di stabilimento; dopo di che, avrebbe potuto concentrarsi sull'applicabilità di eventuali giustificazioni.

²⁶¹ Causa C-470/04.

²⁶² *Lasteyrie du Saillant*, § 68.

riparto delle potestà impositive tra lo Stato di “partenza” e lo Stato di “arrivo” con riferimento alle plusvalenze rispettivamente maturate “fino a” e “a partire da” il trasferimento della residenza²⁶³.

6.7.3. Il trasferimento della residenza delle società

Per quanto la giurisprudenza inaugurata con il caso *Lasteyrie-du-Saillant* contenesse chiare indicazioni circa la portata “espansiva” dei principi in essa contenuti, ha per un certo tempo resistito la convinzione che le “exit-taxes” applicate alla “migrazione fiscale” delle società ne fossero immuni. A rafforzare tale sicurezza ha contribuito in modo determinante la disciplina positiva contenuta nella Direttiva sulle fusioni 90/434/CEE del 23 luglio 1990, sostituita dalla Direttiva 2009/133/CE del 19 Ottobre 2009 (relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi), la quale, al proprio art. 4, stabilisce sì che “(...) *la fusione o la scissione (attuata in continuità di valori fiscalmente riconosciuti, n.d.r.) non comporta alcuna imposizione delle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale degli elementi d'attivo e di passivo conferiti ed il loro valore fiscale*”, ma, nel definire cosa deve intendersi per “elementi d'attivo e di passivo conferiti”, precisa alla lettera (b) che si tratta degli “(...) *elementi d'attivo e di passivo della società conferente che, a seguito della fusione o della scissione, sono effettivamente connessi alla stabile organizzazione della società beneficiaria, situata nello Stato membro della società conferente e che concorrono alla formazione dei risultati presi in considerazione ai fini della determinazione della base imponibile delle imposte*”.

In sostanza, ove per effetto della fusione o della scissione transfrontaliera si determini la “migrazione” di una società coinvolta nell'operazione (come nel caso, ad esempio, della fusione per incorporazione), è previsto che i plusvalori latenti dei beni che non confluiscono in una stabile organizzazione situata nello Stato di “uscita” siano ivi attratti a tassazione.

Lo stesso vale per le operazioni di conferimento di attivo, il cui regime di neutralità in continuità di valori fiscalmente riconosciuti è condizionato alla confluenza dei beni che compongono detto attivo in una stabile organizzazione della società beneficiaria situata nel territorio dello Stato della società conferente.

La circostanza, dunque, che tale normativa secondaria prevedesse espressamente che la perdita da parte di una società della propria

²⁶³ N, § 47.

residenza fiscale nello Stato (A) a seguito di un'operazione straordinaria con una società residente nello Stato (B) fosse condizionata al mantenimento della giurisdizione fiscale di tale Stato (A) sui plusvalori latenti dei beni della società "migrata" – "veicolato" dalla costituzione nel proprio territorio di una stabile organizzazione – era quindi interpretabile come un'indicazione della legittimità di norme – quali ad esempio l'art. 166 TUIR – che espressamente subordinavano la neutralità del trasferimento di sede di una società alla confluenza della sua azienda in una stabile organizzazione nello Stato di "partenza".

La Commissione, tuttavia, non aveva invece fatto mistero – sin dalla Comunicazione COM(2006) 825 del 19 dicembre 2006 sulla *"Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri"* – che, a suo avviso, "(...) l'interpretazione della libertà di stabilimento fornita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella causa *de Lasteyrie* per quanto concerne le norme d'imposizione all'uscita applicabili alle persone fisiche abbia anche implicazioni dirette sulle norme in materia di tassazione in uscita che gli Stati membri applicano alle società"²⁶⁴.

A tale chiara presa di posizione²⁶⁵, la Commissione ha poi fatto seguire l'avvio di un certo numero di procedure d'infrazione contro Stati membri²⁶⁶ che mantenevano forme di "exit-taxes" sul

²⁶⁴ Comunicazione della Commissione COM(2006) 825 del 19 dicembre 2006, § 3.1.

²⁶⁵ Così, ancora, il paragrafo 3.1. della Comunicazione indicata alla nota precedente: *"Lo statuto della Società europea (SE) entrato in vigore l'8 ottobre 2004 permette a una società costituita in forma di SE (Società europea) di trasferire la sua sede sociale in un altro Stato membro senza che tale operazione implichi lo scioglimento della società o la creazione di una nuova persona giuridica. Gli emendamenti del 200511 apportati alla direttiva sulle fusioni (90/434/CEE) garantiscono che, una volta che siano rispettate talune condizioni, il trasferimento della sede sociale di una SE o di una Società cooperativa europea (SCE) da uno Stato membro in un altro non si tradurrà in un'immediata tassazione delle plusvalenze non realizzate sull'attivo restante nello Stato membro dal quale è stata trasferita la sede sociale. Gli emendamenti non menzionano gli attivi che non restano connessi a una stabile organizzazione nello Stato membro dal quale la sede sociale è stata trasferita"*. Ad ogni modo, si conclude significativamente, "(...) la Commissione ritiene che i principi enunciati nella sentenza *de Lasteyrie* si applicano a tali attivi "trasferiti".

²⁶⁶ Le procedure di infrazione, avviate o minacciate, sono ad oggi le seguenti: 24 novembre 2010: IP/10/1565 – *Taxation: Commission refers Denmark, The Netherlands and Spain to EU Court over exit tax rules*; 27 gennaio 2011: IP/11/78 – *Direct taxation: Commission requests Ireland to amend restrictive exit tax provisions for companies*; 22 marzo 2012: IP/12/285 – *Taxation: Commission requests the United Kingdom to amend its corporate tax legislation providing for exit taxes on companies* Case No 2008/4923; 29 ottobre 2009: IP/09/1635

trasferimento all'estero della residenza fiscale degli enti societari; tra questi anche l'Italia che ha, di conseguenza, novellato il già ricordato art. 166 del TUIR introducendo un comma 2-*quater* a mente del quale:

*“I soggetti che trasferiscono la residenza, ai fini delle imposte sui redditi, in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al decreto emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, comma 1, con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio, del 16 marzo 2010, in alternativa a quanto stabilito al comma 1, possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo ivi previsto in conformità ai principi sanciti dalla sentenza 29 novembre 2011, causa C-371-10, National Grid Indus BV”*²⁶⁷.

Il successivo comma 2-*quinqüies* prevede poi che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare, “(...) sono adottate le disposizioni di attuazione del comma 2-*quater*, al fine di individuare, tra l'altro, le fattispecie che determinano la decadenza della sospensione, i criteri di determinazione dell'imposta dovuta e le modalità di versamento”.

Le menzionate procedure d'infrazione hanno sinora generato tre rimessioni alla Corte di Giustizia: si tratta dei casi, ancora pendenti, *Commission v. Spain*²⁶⁸, *Commission v. Denmark*²⁶⁹ e *Commission v. Netherlands*²⁷⁰.

Parallelamente alle iniziative della Commissione europea, è sorta una questione pregiudiziale in merito alla “*exit tax*” vigente nei Paesi Bassi, da cui il caso *National Grid Indus BV*²⁷¹.

– *Direct taxation: The European Commission requests Portugal to amend restrictive exit tax provisions for individuals*; 8 ottobre 2009: IP/09/1460 – *Direct taxation: The European Commission refers Spain and Portugal to the European Court of Justice over restrictive provisions on exit tax*; 19 marzo 2009: IP/09/431 – *Direct taxation: The European Commission refers Spain to the European Court of Justice over restrictive exit tax provisions for individuals*; 27 novembre 2008: IP/08/1813 – *Direct taxation: The European Commission requests Portugal and Spain to change restrictive exit tax provisions for companies*; 16 ottobre 2008: IP/08/1531 – *Direct taxation: The European Commission requests Spain to change restrictive exit tax provisions for individuals*.

²⁶⁷ Su cui vedi *infra* in questo paragrafo.

²⁶⁸ Causa C-64/11.

²⁶⁹ Causa C-261/11.

²⁷⁰ Causa C-301/11.

²⁷¹ Causa C- 371/10.

Il ricorrente nella causa principale era una società costituita e residente nei Paesi Bassi (*National Grid Indus BV*, d'ora in poi *NGI BV*). Tale società vantava un credito espresso in sterline nei confronti di una propria consociata residente nel Regno Unito che, a seguito dell'aumento del cambio della sterlina rispetto al fiorino olandese, aveva generato un guadagno su cambi non realizzato (*id est*: rimasto latente).

Nel contempo, *NGI BV* trasferiva la sede della propria amministrazione effettiva ("*place of effective management*") nel Regno Unito. Tale trasferimento, in conformità al diritto societario dei Paesi Bassi (che è uno Stato che adotta il criterio di collegamento del "luogo di costituzione"), non implicava la perdita dello *status* di società regolata dal diritto olandese²⁷². Tuttavia, conformemente all'art. 2 della convenzione contro le doppie imposizioni corrente tra i Paesi Bassi e il Regno Unito, la società doveva, a seguito di detto trasferimento, considerarsi a tutti gli effetti residente ai fini fiscali nel Regno Unito²⁷³.

Poiché *NGI BV* non aveva mantenuto una stabile organizzazione nel territorio dei Paesi Bassi, questi – in conformità alla propria normativa interna – avevano il diritto di attrarre a tassazione i plusvalori latenti dei beni appartenenti a tale società e, tra questi, il guadagno su cambio poc'anzi rammentato.

A seguito del radicamento di un giudizio nazionale sulla legittimità di tale prelievo, il giudice competente ha rimesso la questione alla Corte di giustizia affinché accertasse se la normativa olandese fosse sul punto incompatibile con il diritto di stabilimento.

I vari governi intervenuti nel procedimento hanno argomentato che la "*exit-tax*" controversa doveva considerarsi legittima alla luce dell'interpretazione che la Corte aveva dato in merito alla "latitudine" del diritto di stabilimento nelle sentenze *Daily Mail* e *Cartesio*; interpretazione che, a loro giudizio, non riguardava "(...) solo le condizioni di costituzione e di funzionamento delle società ai sensi del diritto societario nazionale"²⁷⁴.

In particolare, l'"estensione" dei principi espressi in tema di "migrazione societaria" alla "migrazione fiscale" deriverebbe dalla circostanza che "(...) la tassazione di cui alla causa principale sarebbe strettamente connessa alle disposizioni del diritto societario nazionale che disciplina le condizioni di stabilimento delle società

²⁷² *National Grid Indus BV*, § 13.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Id.*, 23.

*e di trasferimento della sede delle stesse e costituirebbe una conseguenza diretta di tali disposizioni*²⁷⁵.

La Corte ha correttamente chiarito che la norma contestata non disciplinava la “vita e la morte” delle società nazionali – nel qual caso si sarebbe resa applicabile la propria giurisprudenza “societaria” –, ma più semplicemente un autonomo presupposto d’imposta rappresentato dal trasferimento della residenza fiscale.

In effetti, la normativa nazionale di cui alla causa principale “(...) *non riguarda la determinazione delle condizioni richieste da uno Stato membro ad una società, costituita conformemente alla sua legislazione, affinché possa mantenere il proprio status di società di tale Stato membro dopo il trasferimento della propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro*”²⁷⁶.

Essa, al contrario, “(...) *si limita a ricollegare ad un trasferimento di sede tra Stati membri, per le società costituite conformemente al diritto nazionale, conseguenze fiscali, senza che un tale trasferimento di sede incida sul loro status di società dello Stato membro in oggetto*”²⁷⁷.

La sintesi di questa sistemazione concettuale, è che “(...) *una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro, che trasferisce in un altro Stato membro la propria sede amministrativa effettiva, senza che tale trasferimento di sede incida sul suo status di società del primo Stato membro, può invocare l’art. 49 TFUE al fine di mettere in discussione la legittimità di un’imposta ad essa applicata dal primo Stato membro in occasione di tale trasferimento di sede*”²⁷⁸.

Risolta la questione preliminare concernente la rilevanza in astratto del diritto di stabilimento rispetto alla “migrazione fiscale”, la Corte è passata all’esame del merito della controversia.

A tal riguardo essa, come auspicato dalla Commissione, ha “importato” la comparazione sviluppata in *Lasteyrie-du-Saillant*, ponendo a raffronto la “società-residente-migrante” e la “società-residente-non-migrante”. Come segue:

“(...) *una società di diritto olandese che intenda trasferire la propria sede amministrativa effettiva fuori dal territorio di tale Stato, nell’ambito dell’esercizio del diritto garantito dall’art. 49 TFUE, subisce uno svantaggio finanziario rispetto ad una società analo-*

²⁷⁵ *Id.*, § 24.

²⁷⁶ *Id.*, § 31.

²⁷⁷ *Ibidem.*

²⁷⁸ *Id.*, § 33.

ga che mantenga la propria sede amministrativa effettiva nei Paesi Bassi"²⁷⁹.

Infatti, "(...) il trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società di diritto olandese in un altro Stato membro comporta (...) la tassazione delle plusvalenze latenti relative agli attivi trasferiti, mentre siffatte plusvalenze non sono tassate qualora una siffatta società trasferisca la propria sede all'interno del territorio olandese"²⁸⁰.

Tale disparità di trattamento, si osserva altresì, non si giustifica con un'oggettiva differenza di situazioni. Avendo, in specie, riguardo allo scopo della normativa contestata si vede che "(...) rispetto ad una normativa di uno Stato membro diretta a tassare le plusvalenze realizzate sul proprio territorio, la situazione di una società costituita secondo la legislazione di tale Stato membro che trasferisce la propria sede in un altro Stato membro è simile, per quanto riguarda la tassazione delle plusvalenze relative agli attivi che sono stati realizzati nel primo Stato membro prima del trasferimento di sede, a quella di una società parimenti costituita secondo la legislazione del primo Stato membro e che in tale Stato membro mantenga la propria sede"²⁸¹.

In conclusione, la sistemazione emergente dalla giurisprudenza della Corte si presta a essere così riassunta:

(i) gli Stati sono "sovrani" per quanto attiene alle condizioni di "vita e di morte" delle società, quindi essi possono, in linea di principio, vietare il loro trasferimento di sede (come accaduto, per ragioni diverse²⁸², in *Daily Mail* e *Cartesio*)²⁸³; ciò, tuttavia, resta vero fintantoché lo Stato di "arrivo" non preveda la possibilità di con-

²⁷⁹ *Id.*, § 37.

²⁸⁰ *Ibidem.*

²⁸¹ *Id.*, § 38.

²⁸² Mentre il Regno Unito è uno Stato che adotta il criterio di collegamento del "luogo di costituzione", l'Ungheria adotta il criterio della "sede reale". Se, pertanto, l'ostacolo al trasferimento nel secondo caso era una conseguenza "strutturale" del criterio di collegamento utilizzato dallo Stato di "partenza", nel primo caso era un elemento "esogeno" rispetto al diritto societario dello Stato interessato. A fronte di tale differenza, tuttavia, è prevalso l'elemento accomunante dato dalla circostanza che l'ostacolo giuridico frapposto dai due Stati interagiva con l'"esistenza" della società e non alla sua "tassazione".

²⁸³ Essi possono, in altre parole, rifiutarsi di "tenere in vita" – come ente regolato dal proprio ordinamento giuridico – una società che trasferisca la sede in un altro Stato.

vertire la società “migrante” in un “tipo” previsto dal proprio diritto societario²⁸⁴;

(ii) nel caso in cui – come indicato *sub* (i) – lo Stato di “partenza” non consenta la “migrazione societaria” e lo Stato di “arrivo” non preveda la conversione della società estera in un “tipo” previsto dal proprio diritto societario, l’unica possibilità per trasferire la sede rimane quella della liquidazione e della ricostituzione nell’altro Stato; le conseguenze fiscali (che abbiamo chiamato “fisiologiche”) di tale liquidazione non costituiscono una restrizione al diritto di stabilimento;

(iii) qualora (come accaduto in *National Grid Ind. BV*) il trasferimento della società non metta in discussione il suo *status* di ente regolato dal diritto societario dello Stato di “partenza” – o, in altre parole, esso si qualifichi in termini “solo” di “migrazione fiscale” – le conseguenze fiscali che tale Stato collega a tale “migrazione” ammontano a una restrizione del diritto di stabilimento.

²⁸⁴ Vuol dire che se lo Stato di “arrivo” consente di “prendere in carico” senza soluzione di continuità la società “migrante” convertendola in un ente regolato dal proprio ordinamento giuridico, lo Stato di “partenza” non può imporne la liquidazione.

CAPITOLO V

Le declinazioni fiscali del principio di ragionevolezza

1. La “Gebhard Rule”

L'ultimo – ma non certo per importanza – snodo dell'*iter* logico che la Corte percorre nella sua opera d'interpretazione del diritto comunitario, rispetto alle singole fattispecie di diritto domestico o internazionale che le sono sottoposte, consiste nella valutazione dell'eventuale “giustificabilità” della restrizione alle libertà fondamentali che essa stessa abbia accertato.

Il tema della “giustificazione”, pertanto, sorge “a valle” del giudizio di comparabilità e dell'eventuale restrizione che esso abbia reso evidente; restrizione che, laddove non si presti a essere “giustificata”, è dichiarata incompatibile con il diritto comunitario.

Le restrizioni, in quest'ottica, si possono distinguere in “giustificate” e “non-giustificate”.

Sul piano teorico, le giustificazioni appartengono a due categorie: quelle previste dal Trattato e quelle “dedotte” dal Principio di ragionevolezza.

La prima categoria di giustificazioni, che non ha avuto pressoché alcun riconoscimento nella materia tributaria, si rende in linea di principio applicabile a tutte le tipologie di restrizione, anche se aventi carattere discriminatorio. La Corte vi ha fatto riferimento, senza peraltro riconoscerne l'applicabilità, in casi come *Bond van Adverteerders e altri*¹ ove si è rilevato che “(...) *le normative nazionali che non si applicano indistintamente alle prestazioni di servizi di qualsiasi origine, e che pertanto sono discriminatorie, sono compatibili con il diritto comunitario solo se possono rientrare in una deroga espressamente contemplata*”², oppure in *Avensson e Gustavsson*³ nel quale si è ribadito che una restrizione fiscale di natura discriminatoria “(...) *può giustificarsi solo con i motivi di interesse generale menzionati nell'art. 56, n. 1, del Trattato [oggi art. 63 TFUE] al quale l'art. 66 fa rinvio e tra i quali non figurano motivi di natura economica (v., in particolare, sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda e a., Racc. pag. I-4007, punto 11)*”⁴.

L'art. 65, primo comma lettera (b) del TFUE, al quale tali sentenze rinviavano, prevede espressamente che la libera circolazione dei capitali non pregiudica il diritto degli Stati di “*adottare misure*

¹ Causa 382/85.

² *Bond van Adverteerders e altri*, § 32.

³ Causa C-484/93.

⁴ *Avensson e Gustavsson*, § 15.

giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza” purché, precisa il terzo comma, esse non costituiscano un mezzo di “*discriminazione arbitraria*” o una “*restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all’articolo 63*”.

Gli angusti limiti entro i quali il Trattato consente la giustificazione di misure discriminatorie ne ha, come premesso, decretato la sostanziale irrilevanza nella nostra materia.

La seconda categoria di giustificazioni ha, invece, un’importanza straordinaria nella giurisprudenza tributaria della Corte, essendo lo strumento tramite il quale essa si è sforzata di conciliare il rispetto del Trattato con la tutela di alcune prerogative statali. Peraltro, tale necessità di tutela, e questo potrà sembrare una nemesi storica, deriva in larga misura dallo scarso livello di armonizzazione della fiscalità diretta che, a sua volta e come noto, è il portato della regola dell’unanimità imposta al Consiglio per legiferare in ambito fiscale.

Si ricorderà che in *Kraus* la Corte ha esteso la “dottrina *Cassis de Dijon*” al diritto di stabilimento. È però al successivo caso *Gebhard*⁵ che essa generalmente si richiama quando intenda fare applicazione del Principio di ragionevolezza in ambito fiscale. Al paragrafo 37 della sentenza resa al riguardo si statuisce che “(...) *i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo*”.

Sulla base della “*Gebhard rule*”, una misura nazionale è dunque giustificabile solo se è positiva ai quattro seguenti *test*:

- (i) non ha carattere discriminatorio;
- (ii) è giustificata da motivi imperativi di pubblico interesse;
- (ii) è idonea ad assicurare il conseguimento dello scopo perseguito;
- (iv) è proporzionata al raggiungimento dello scopo medesimo.

⁵ Causa C-55/94.

2. La condizione della natura “non discriminatoria” della misura restrittiva

La prima questione da affrontare in merito è cosa debba intendersi per misura “non discriminatoria”. Ed infatti, poiché la discriminazione in materia tributaria – come noto – non avviene mai in maniera “diretta” (o “*overt*”) sulla base della cittadinanza, ma solo in modo “indiretto” (o “*covert*”) sulla base di altri criteri quali – in special modo – la residenza, è doveroso chiedersi se il principio di ragionevolezza ne consenta o meno la giustificazione.

Ebbene, la Corte ha, sin dalle prime pronunce in tema di fiscalità diretta, dimostrato di voler fare un'applicazione molto ampia del principio di ragionevolezza, ben al di là delle misure *strictu sensu* non-discriminatorie.

La dimostrazione si ritrova già nel caso *Bachmann* (e in quello a esso coevo *Commission v. Belgium*). Esso presentava, come noto, una situazione “*host*”, come messo in evidenza dalla Corte al paragrafo 9 dove ha precisato che “(...) *le disposizioni in esame rischiano di essere sfavorevoli in modo particolare a questi lavoratori* [che hanno concluso i loro contratti d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte o contro la malattia e l'invalidità con assicuratori stabiliti nello Stato dove avevano un previo impiego lavorativo, n.d.r.] *che, di solito, sono cittadini d'altri Stati membri*”.

È evidente da questo passaggio che il criterio selettivo utilizzato dalla legislazione nazionale controversa non era quello della nazionalità del contribuente, e che la fattispecie si lasciava inquadrare in un caso di discriminazione indiretta.

La Corte, dopo aver accertato che la condizione posta alla deducibilità dei contributi d'assicurazione contro la malattia e l'invalidità o contro la vecchiaia e la morte alla circostanza che essi fossero stati versati a compagnie assicurative residenti costituiva una restrizione alla libera circolazione dei lavoratori, ha valutato se essa potesse considerarsi nondimeno giustificata da “motivi d'interesse generale” identificati nella “necessità di garantire i controlli fiscali” e nella “necessità di preservare la coerenza del sistema fiscale”. Una volta stabilito che solo la seconda giustificazione era accettabile, si è quindi valutata la proporzionalità della misura (l'indeducibilità dei contributi) rispetto al suo scopo (preservare la coerenza del sistema fiscale), giungendo alla conclusione che allo stato attuale del diritto comunitario “(...) *la coerenza del regime fiscale in questione non può dunque essere preservata da disposizioni meno restrittive di quelle di cui si tratta nella causa principale; ogni altra misura (...)*

*condurrebbe a conseguenze analoghe a quelle risultanti dalla non deducibilità dei contributi.*⁶

La chiara applicazione del principio cristallizzato in *Gebhard* nel caso *Bachmann*, nonostante la conclamata sussistenza di una discriminazione, induce a ritenere che all'origine di tale scelta vi fosse il suo carattere "indiretto".

Il caso *Schumacker* offre un'evidenza ancora più forte della specialità delle discriminazioni a sfondo tributario per quanto attiene alla loro giustificabilità in base al principio di ragionevolezza.

Al paragrafo 39 la Corte, una volta stabilita la comparabilità del "non-residente-migrante" e del "residente-non-migrante" e della conseguente violazione del principio del "trattamento nazionale" per non aver garantito al primo un trattamento "non meno favorevole" di quello applicato al secondo, ha affermato testualmente di doversi "(...) interrogare su un'eventuale giustificazione di questa discriminazione"⁷.

La giustificazione dipoi analizzata – anche qui la "necessità di garantire la coerenza del sistema fiscale" – non apparteneva al novero di quelle previste dal Trattato (come doveva essere se la misura fosse stata *strictu sensu* discriminatoria); costituendo, invece, l'effetto di una delle varie declinazioni del Principio di ragionevolezza.

Anche nei casi "*host*" più recenti, la Corte si è avvalsa di quest'approccio. Per esempio in *Commission v. Italy*, accertato che il diverso regime applicato ai dividendi a seconda che fossero corrisposti al "socio-residente-non-migrante" o al "socio-non-residente-migrante", ha preso in considerazione – per respingerle – le giustificazioni legate alla "necessità di garantire la coerenza del sistema fiscale", il "mantenimento di una ripartizione equilibrata del potere impositivo" e la "lotta contro la frode fiscale", con ciò chiaramente dimostrando di ritenere che la discriminazione di matrice tributaria ha un grado di "giustificabilità" superiore a quella direttamente basata sulla nazionalità.

Se questo è il quadro rispetto ai casi "*host*" – dove pure il trattamento meno favorevole si applica, ancorché sulla base del criterio indiretto della residenza, nei confronti di soggetti di altra nazionalità –, a maggior ragione non v'è mai stato dubbio che il Principio di ragionevolezza sia invocabile per giustificare le restrizioni imposti

⁶ *Bachmann*, § 27.

⁷ *Schumacker*, § 9.

da una prospettiva “*origin*” visto che in tale contesto il diverso trattamento si applica a soggetti aventi la stessa nazionalità.

Da *ICI* fino ai casi più recenti, come *National Grid Indust. BV*, la Corte ha coerentemente fatto seguire l'analisi della comparabilità a quella sull'esistenza di cause di giustificazione, l'idoneità del regime restrittivo al raggiungimento dello suo scopo e la sua proporzionalità.

E si può senz'altro affermare che il piano sul quale si sono giocati gli esiti dei casi più importanti degli ultimi dieci anni è proprio quello delle cause di giustificazione.

Da questo punto di vista, allora, non si può non dare atto alla Corte che l'aver proiettato il principio di ragionevolezza anche sui casi “*host*” risponde a una fondamentale esigenza di coerenza e uniformità rispetto alla propria giurisprudenza sui casi “*origin*”.

Non va scordato, al riguardo, che sin da quando, in *Daily Mail*, è stata messa in luce l'esistenza dell’“altro lato” delle libertà fondamentali (quello “*origin*”, appunto), non si è mai assegnato un “peso specifico” superiore a una prospettiva rispetto all'altra; dandosi per scontata la loro eguale dignità.

Ma se è così, si conferma che l'applicazione “bidirezionale” del principio di ragionevolezza era una scelta obbligata, quantomeno rispetto alle restrizioni alla libera circolazione dei capitali e dei servizi; non potendosi, evidentemente, ammettere che un medesimo regime restrittivo potesse essere o no giustificato per ciò solo che esso era stato denunciato da un residente piuttosto che da un non-residente. Si pensi a *Eurowings* o a *ACT IV GLO*: entrambe le restrizioni ivi rilevate potevano essere portate all'attenzione della Corte da una posizione opposta a quella assunta dal ricorrente nelle rispettive cause principali. Nel primo caso, anziché la società utilizzatrice residente in Germania, avrebbe potuto essere la società fornitrice residente in Irlanda; nel secondo caso, anziché gli azionisti non-residenti, avrebbe potuto essere la società partecipata residente nel Regno Unito.

D'altra parte, una volta ammessa la suddetta applicazione “bidirezionale” del principio di ragionevolezza per la libera circolazione dei capitali e dei servizi, sarebbe stato arbitrario negarla per le altre libertà. Non solo, in molti casi la stessa misura è, come visto, suscettibile di impattare su più di una libertà; nel quale caso, adottando diversi gradi di “giustificabilità” a seconda della natura della libertà chiamata in causa, si contraddirebbe l'obiettivo alla loro interpretazione unitaria al quale la Corte ha sempre teso.

3. I motivi imperativi d'interesse pubblico

3.1. Premessa

Idealmente, i motivi imperativi d'interesse pubblico potrebbero essere distinti tra quelli ammessi dalla Corte e quelli che viceversa essa ha rigettato.

Tra questi ultimi vi è sicuramente quella di evitare una perdita di gettito, come in *ICI*⁸ o *Metallgesellschaft*⁹ oppure di compensare eventuali vantaggi conseguiti dal “migrante” per effetto dell'utilizzo da parte sua di una libertà fondamentale, come in *Eurowings*¹⁰.

Le giustificazioni che, invece, la Corte ha accolto possono essere ricondotte alle seguenti fattispecie:

- (i) l'esigenza di garantire la coerenza del sistema fiscale;
- (ii) l'esigenza di assicurare un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi (principio di territorialità);
- (iii) l'esigenza di garantire l'effettività dei controlli fiscali e l'esigenza di garantire l'effettività della riscossione dei tributi;
- (iv) l'esigenza di prevenire l'elusione fiscale.

3.2. L'esigenza di assicurare la coerenza del sistema fiscale: necessità del legame diretto tra “deducibilità” e “imponibilità”

I casi *Commission v. Belgium* e *Bachmann* costituiscono indubbiamente i primi importanti esempi di riconoscimento di questa causa di giustificazione. Nella formulazione ivi emergente la coerenza del sistema fiscale vuole che se, ad esempio, uno Stato è tenuto ad ammettere in deduzione i contributi assicurativi, pensionistici o previdenziali versati dal contribuente in un altro Stato, il primo Stato dovrebbe allora essere messo in grado di assoggettare a tassazione le somme successivamente erogate dall'ente assicurativo o previdenziale.

Si è poc'anzi ricordato che la Corte, nel caso *Bachmann*, ha subordinato la giustificabilità della restrizione consistente nella mancata presa in considerazione ai fini fiscali dei contributi versati a imprese non-residenti alla necessaria esistenza nella legislazione dello Stato membro di un “(...) legame fra la deducibilità dei contributi

⁸ *ICI*, § 28

⁹ *Metallgesellschaft*, § 59.

¹⁰ *Eurowings* § 44.

*e l'imponibilità delle somme dovute dagli assicuratori in esecuzione dei contratti d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte*¹¹.

Rilevato che nel caso sottoposto alla sua attenzione la legislazione nazionale belga prevedeva in effetti tale legame diretto – in quanto essa stabiliva che laddove i contributi versati dall'assicurato non fossero stati da costui dedotti fiscalmente, le somme successivamente erogate non risultavano tassabili¹² – la Corte ha pertanto affermato che per costringere il Belgio “(...) *ad ammettere la detrazione dei contributi d'assicurazione sulla vita versati in un altro Stato membro (...)*”¹³, occorre che esso fosse allora in grado di “(...) *percepire l'imposta sulle somme dovute dagli assicuratori*”¹⁴.

La soluzione al riguardo ipotizzata era quella subordinare la deducibilità dei contributi versati a compagnie assicurative non residenti all'impegno di queste ultime di versare allo Stato di residenza dell'assicurato l'imposta dovuta sulle somme a questi corrisposte dalle suddette compagnie.

Tuttavia, ha dovuto dare atto la Corte, “(...) *un impegno dell'assicuratore di pagare tale imposta non sarebbe una garanzia sufficiente*”¹⁵.

D'altra parte, se tale impegno fosse accompagnato dal deposito di una cauzione da parte dell'assicuratore “(...) *ciò darebbe luogo ad un onere finanziario supplementare per quest'ultimo: onere che dovrebbe essere ripercosso sul premio d'assicurazione, con la conseguenza che gli assicurati, oltre al fatto che potrebbero essere soggetti a doppia imposizione sulle somme ad essi dovute in esecuzione dei contratti, non avrebbero più alcun interesse a mantenere questi ultimi*”¹⁶.

A conclusione di quest'esame, i giudici hanno compreso che l'indeducibilità dei contributi versati a compagnie non residenti costituiva, a ben vedere, lo strumento meno restrittivo, tra quelli astrattamente ipotizzabili, per assicurare la “coerenza del sistema fiscale” e che, pertanto essa poteva dirsi validamente giustificata nei seguenti termini:

¹¹ *Bachmann*, § 21.

¹² *Id.*, § 22.

¹³ *Id.*, § 23.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Id.*, 24. Infatti, si mette altresì in evidenza, nel caso in cui quest'impegno “non fosse rispettato, non resterebbe che chiederne l'esecuzione nello Stato membro in cui è stabilito l'assicuratore: indipendentemente dalla difficoltà per uno Stato di conoscere l'esistenza e l'ammontare dei versamenti effettuati da assicuratori stabiliti in un altro Stato, non è escluso, in un caso del genere, che ragioni d'ordine pubblico vengano fatte valere per impedire il recupero dell'imposta”.

¹⁶ *Id.*, § 25.

“Allo stato attuale del diritto comunitario, la coerenza del regime fiscale in questione non può dunque essere preservata da disposizioni meno restrittive di quelle di cui si tratta nella causa principale; ogni altra misura che permetta di garantire il recupero, da parte dello Stato interessato, dell'imposta che, secondo la sua legislazione, deve essere percepita sulle somme dovute dagli assicuratori in esecuzione dei contratti da essi conclusi, condurrebbe a conseguenze analoghe a quelle risultanti dalla non deducibilità dei contributi”¹⁷.

In *Wielockx*, caso che abbiamo già esaminato trattando della comparabilità tra residenti e non residenti alla luce dei principi fissati in *Schumacker*, la Corte ha affinato la causa di giustificazione in esame facendo fare ingresso nel proprio ragionamento a considerazioni coinvolgenti gli effetti “riequilibrativi” prodotti dalle convenzioni internazionali stipulate dallo Stato chiamato a riconoscere la deducibilità dal reddito d'impresa degli accantonamenti pensionistici effettuati da un soggetto non-residente.

In questo caso, la disarticolazione della coerenza fiscale si determinava a maggior ragione perché, in base alla convenzione contro le doppie imposizioni in essere tra l'Olanda (Stato della fonte) ed il Belgio (Stato della residenza), le pensioni del contribuente in questione risultavano imponibili esclusivamente nel secondo Stato; pertanto, se l'Olanda avesse consentito al non residente – così come previsto in via generale per il residente – di dedurre le somme accantonate al fondo pensionistico, tale Stato avrebbe subito una perdita di gettito che non sarebbe stata compensata dal successivo prelievo all'atto della erogazione della pensione (siccome imponibile in Belgio)¹⁸.

La Corte ha tuttavia notato che, in base al contenuto della convenzione internazionale stipulata tra i due Stati, conforme al modello OCSE, “(...) lo Stato assoggetta ad imposta tutte le pensioni percepite dai residenti sul suo territorio, indipendentemente dallo Stato in cui siano stati versati i contributi, ma, al contrario, rinuncia ad assoggettare ad imposta le pensioni percepite all'estero, anche laddove esse derivino da contributi versati sul suo territorio e detraibili secondo la sua normativa”¹⁹.

Ne derivava, sempre secondo la Corte, che la coesione fiscale “(...) non è quindi affermata a livello di uno stesso soggetto, sulla

¹⁷ *Id.*, § 27.

¹⁸ *Wielockx*, § 23.

¹⁹ *Id.*, § 24.

base di una correlazione rigorosa tra la detraibilità dei contributi e l'imponibilità delle pensioni (come avveniva in Bachmann, n.d.r.), bensì si sposta su un altro livello, vale a dire quello della reciprocità delle norme applicabili negli Stati contraenti"²⁰.

In altre parole, avendo i Paesi Bassi accettato in via generale di non attrarre a tassazione le pensioni ricevute dai non-residenti, anche qualora i corrispondenti contributi fossero stati ammessi in deduzione, tale Stato in realtà non aveva previsto alcuna nessun "nesso diretto" tra deduzione dei contributi e tassazione delle pensioni; onde quella coesione non poteva essere invocata in presenza di un contribuente non residente.

In effetti, per gli Stati membri che – come i Paesi Bassi – avevano stipulato convenzioni conformi al modello OCSE, la coerenza dei propri sistemi fiscali non era ottenuta stabilendo un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra deduzione e tassazione; bensì rinunciando in ogni caso (ovvero anche indipendentemente dalla perdita di gettito dovuta alla deduzione dei contributi) a tassare le pensioni ricevute dai non-residenti, potendo contare sul fatto di avere in ogni caso (ovvero anche laddove non vi era stata la perdita di gettito dovuta alla deduzione dei contributi) un diritto esclusivo (a fronte della corrispondente rinuncia degli altri Stati) ad attrarre a tassazione le pensioni ricevute dai propri residenti.

Dunque – e in termini riassuntivi –, se la coesione del sistema fiscale è stabilita al livello "*della reciprocità delle norme applicabili negli Stati contraenti*"²¹ (i quali si obbligano vicendevolmente a non attrarre a tassazione le pensioni ricevute dai non-residenti anche se hanno "subito" la deduzione dei relativi contributi) e non a livello del singolo contribuente, rispetto a questo secondo livello non vi è alcun "nesso diretto" meritevole di essere garantito²².

Nel successivo caso *Danner*²³, la Corte ha utilizzato entrambi i concetti di "nesso diretto" precedentemente elaborati in *Bachmann* e *Wielockx* fornendo utili indicazioni in merito al loro reciproco atteggiarsi.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Come osservato dall'Avvocato generale Lèger al paragrafo 55 delle conclusioni rese in merito al caso *Wielockx* suo parere, dagli accordi internazionali stipulati tra gli Stati membri, i quali costituiscono parte integrante dei loro rispettivi ordinamenti giuridici, emerge un sistema pensionistico "*which does not require a rigorous correlation between deductibility of contributions and taxation of pensions in order to secure its cohesion*".

²³ Causa C-136/00.

Come in *Bachmann*, anche in *Danner* veniva in considerazione il problema della restrizione alla libera prestazione di servizi causata dalla (in)deducibilità prevista in Finlandia rispetto ai contributi versati a compagnie assicurative non-residenti a fronte della – totale o parziale – deducibilità di quelli versati a compagnie residenti²⁴.

Diversamente che in *Bachmann*, tuttavia, il contribuente assicurato in *Danner* era un residente – si trattava, infatti, di un caso “*origin*” nella configurazione da esso assunta nella causa principale – e, dunque, la Finlandia, salvo cambi di residenza, avrebbe avuto giurisdizione fiscale – in base alla convenzione contro le doppie imposizioni applicabile al caso di specie – sulle prestazioni pensionistiche all’atto della loro erogazione²⁵.

Ma al di là di questo aspetto – a ben vedere secondario giacché la residenza fiscale può essere sempre trasferita e quindi può sempre darsi il caso che un contribuente sia residente al momento del versamento dei contributi assicurativi e non esserlo più al momento della erogazione della corrispondente prestazione (d’onde il nesso con il tema delle c.d. “*exit-taxes*” affrontato nei casi *Lastery du Sail-lant* ed *N*²⁶ – la questione centrale è che la Finlandia al contrario del Belgio in *Bachmann* non aveva stabilito una coesione – ovvero un “nesso diretto” – tra tassazione delle prestazioni e (previa) deduzione dei contributi.

Infatti, ha osservato la Corte, quel che contava perché la Finlandia potesse attrarre a tassazione le prestazioni pensionistiche era unicamente la residenza del contribuente, essendo viceversa ininfluente che i contributi fossero stati o meno dedotti in tale Stato²⁷. In sostanza: mentre la residenza all’estero della compagnia assicurativa non costituiva un ostacolo rispetto alla tassazione delle prestazioni da essa erogate a un contribuente residente, essa costituiva un ostacolo agli effetti della deducibilità dei corrispondenti contributi.

Parallelamente alla rilevata mancanza di un “nesso diretto” riferito alla specifica situazione di un dato contribuente (quello stesso nesso che, invece, era stato riscontrato nella legislazione belga nel caso *Bachmann*), la Corte ha applicato il “*Wielockx test*”, secondo il quale, in presenza di convenzioni contro le doppie imposizioni rispondenti al modello OCSE, la coesione del sistema fiscale viene raggiunta al livello della reciprocità delle norme applicabili negli

²⁴ *Danner*, § 30.

²⁵ *Id.*, § 38.

²⁶ Trattati al paragrafo 6.7. del Capitolo IV.

²⁷ *Ibidem*.

Stati contraenti e, dunque, non vi è modo di invocarla rispetto ad uno specifico contribuente.

Una volta indicate le due autonome ragioni per le quali non sussisteva un “nesso diretto” tra la deduzione fiscale dei contributi (il beneficio fiscale) e la tassazione delle prestazioni (il correlato svantaggio), la Corte ha però chiarito che – pur in presenza di una convenzione conforme al modello OCSE – uno Stato membro può in effetti creare siffatto “nesso diretto” e, dunque, appellarsi alla giustificazione della “esigenza di garantire la coerenza del sistema fiscale”.

Si deve, al riguardo, riferirsi al paragrafo 57 della sentenza, dove si afferma che l'art. 59 del Trattato (oggi art. 56 TFUE) “(...) *va interpretato nel senso che osta ad una normativa fiscale di uno Stato membro che limiti o precluda la deducibilità ai fini dell'imposta sul reddito dei contributi all'assicurazione volontaria contro la vecchiaia versati a soggetti erogatori di prestazioni pensionistiche stabiliti in altri Stati membri, pur concedendo la facoltà di dedurre tali contributi qualora essi siano versati a enti stabiliti nel primo Stato membro, ove essa non escluda, nel contempo, il carattere imponible delle pensioni versate dai detti soggetti erogatori di prestazioni pensionistiche*”.

Da questa statuizione finale si traggono due dati importanti.

In primo luogo che, in linea con il principio del “trattamento nazionale”, il problema dell'indeducibilità dei contributi corrisposti a imprese assicuratrici non residenti non è un “problema in sé”, ma solo nella misura in cui lo Stato membro di residenza dell'assicurato “(...) *limiti o precluda la deducibilità ai fini dell'imposta sul reddito dei contributi all'assicurazione volontaria contro la vecchiaia versati a soggetti erogatori di prestazioni pensionistiche stabiliti in altri Stati membri, pur concedendo la facoltà di dedurre tali contributi qualora essi siano versati a enti stabiliti nel primo Stato membro* (...)”²⁸.

In secondo luogo, che la deducibilità dei contributi versati a imprese assicuratrici non residenti può in effetti essere limitata o preclusa dallo Stato membro di residenza dell'assicurato purché esso “(...) *non escluda, nel contempo, il carattere imponible delle pensioni versate dai detti soggetti erogatori di prestazioni pensionistiche*”²⁹.

²⁸ *Id.*, § 57.

²⁹ *Ibidem*.

Vuol dire che, anche laddove in un determinato Stato membro sussista una coesione fiscale al livello della “*reciprocità delle norme applicabili negli Stati contraenti*”³⁰ derivante dalla convenzione contro le doppie imposizioni applicabile al caso in questione, quello stesso Stato può nondimeno neutralizzare il problema della coesione fiscale operando al livello del singolo contribuente. Più concretamente, la Corte ha indicato che gli Stati membri possono precludere la deduzione di contributi corrisposti a società non residenti (ammettendo viceversa in deduzione quelli corrisposti a imprese residenti), purché a ciò corrisponda l’esclusione dal prelievo delle pensioni in seguito erogate.

Proprio quando la “necessità di garantire la coerenza del sistema fiscale” sembrava aver definitivamente perso d’importanza quale causa di giustificazione di misure restrittive – avendo la Corte rifiutato in moltissime occasioni di prenderla in considerazione perché lo Stato membro non era riuscito a provare la sussistenza di un “nesso diretto” tra “deduzione” e “tassazione” –, essa ha rifatto la propria apparizione in un caso totalmente diverso da quelli dove era stata protagonista.

Si rammenterà che nel caso *Krankenheim*³¹ veniva in gioco – in una prospettiva “*origin*” – la questione della compensabilità delle perdite subite da una stabile organizzazione estera.

La Corte ha giustificato la restrizione al diritto di stabilimento del “residente-migrante” – determinata dalla ripresa a tassazione delle perdite subite in precedenti esercizi dalla stabile organizzazione fino a concorrenza degli utili da questa successivamente conseguiti (c.d. “*deduction and reintegration system*”) – alla luce della “esigenza di garantire la coerenza del sistema fiscale”.

L’aspetto interessante di questo caso è, in particolare, dato dalla scelta della Corte di accogliere questa causa di giustificazione piuttosto che quella incentrata sulla “esigenza di garantire l’equilibrata ripartizione dei poteri impositivi” (o “principio di territorialità”)³² che, invece, è stata posta al centro di altri casi nei quali veniva in considerazione la compensazione delle perdite transfrontaliere quali, in specie, *Marks & Spencer* o *Lidl Belgium*.

Questa scelta è spiegabile osservando che in *Krankenheim* lo Stato membro – diversamente che nei due casi sopra citati – aveva effettivamente accettato di prendere in considerazione le

³⁰ *Wielockx*, § 24.

³¹ Esaminato al paragrafo 6.3. del Capitolo IV.

³² Sulla quale vedi il paragrafo successivo.

perdite subite all'estero dalla propria stabile organizzazione, sebbene essa non potesse assoggettarne a tassazione gli utili per effetto dell'esenzione a essi accordata in sede di convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con lo Stato di stabilimento della sede secondaria³³.

Tale circostanza induce a ritenere che quando uno Stato membro prende in considerazione perdite sofferte al di fuori del proprio territorio (indipendentemente dal fatto che esse siano "temporanee" o "definitive"), esso essenzialmente "rinuncia" alla possibilità di giustificare eventuali restrizioni dal medesimo imposte al riguardo sulla base del principio di "territorialità".

È dunque in forza di tale scelta che la giustificazione derivante dall'esigenza di garantire un'"equilibrata ripartizione del potere impositivo" non ha giocato un ruolo in questo caso: era stato lo Stesso Stato membro, ammettendo in principio la deduzione delle perdite transfrontaliere, ad aver dimostrato di non considerare la "territorialità" un ostacolo all'estensione della propria giurisdizione a siffatte perdite pur non avendo (per effetto dell'esenzione concessa in sede di accordo internazionale) il diritto di tassare i corrispondenti utili.

Per effetto di tale particolare assetto, la Corte ha dovuto verificare se la "reintegrazione" delle perdite dedotte fino a concorrenza degli utili successivamente conseguiti fosse giustificabile sulla base di un diverso "motivo imperativo di interesse pubblico"³⁴.

Impostata in questi termini la questione, la Corte ha "recuperato" la "causa di giustificazione" fondata sull'esigenza di garantire la "coerenza del sistema fiscale" rilevando "(...) che la reintegrazione delle perdite nella base imponibile (...) non può essere disgiunta dalla precedente presa in considerazione delle stesse".

Tale reintegrazione "(...) nel caso di una società titolare di una stabile organizzazione situata in uno Stato diverso, rispetto alla quale lo Stato di residenza della suddetta società non dispone di alcun diritto impositivo, riflette infatti una logica simmetrica (...)", onde "(...) sussisteva un nesso diretto, personale e materiale tra i due elementi del meccanismo fiscale di cui alla causa principale, e di conseguenza la reintegrazione costituiva il complemento logico della deduzione precedentemente accordata".

³³ *Krankenbeim*, § 35.

³⁴ *Id.*, 40.

3.3. L'esigenza di assicurare un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi (principio di territorialità)

3.3.1. Significato e autonomia del principio di "territorialità"

In *Futura* la Corte si è interrogata se la circostanza che il Lussemburgo consentisse, alle stabili organizzazioni di società non-residenti, la deduzione fiscale delle sole perdite conseguite da attività svolte all'interno del suo territorio, consentendo invece alle società residenti di dedurre anche le perdite derivanti da attività svolte all'estero costituisse una discriminazione³⁵. Al riguardo essa ha affermato che tale regime "(...) *conforme al principio tributario della territorialità, non può considerarsi comportare una discriminazione, palese o dissimulata, vietata dal Trattato*"³⁶.

Sebbene questo arresto sia un riferimento obbligato quando si parli di "principio di territorialità", deve osservarsi che, a stretto rigore, si tratta di un riferimento non accurato; ciò, in specie, quando la territorialità sia intesa quale causa di giustificazione di una restrizione a una libertà fondamentale.

La necessità di evocare la territorialità quale causa di giustificazione si pone solo quando, accertata la comparabilità del "migrante" e del "non-migrante", si riscontri che lo Stato membro tratta il primo in modo meno favorevole del secondo.

Sennonché in *Futura* il "non-residente-migrante" e il residente-non-migrante non potevano considerarsi comparabili con riguardo alla deduzione fiscale delle perdite derivanti da un'attività condotta fuori del territorio lussemburghese³⁷, in quanto il diverso regime applicabile al riguardo era una conseguenza diretta della circostanza che residenti e non-residenti non sono comparabili.

In effetti, il richiamo alla territorialità in *Futura* evoca, anticipandola, la sistemazione concettuale di Geelhoed nelle note conclusioni rese a margine del caso *ACT IV GLO* a proposito della diversa giuri-

³⁵ *Futura*, § 20 e 21.

³⁶ *Id.*, § 22.

³⁷ Sappiamo invece, e per averne trattato al paragrafo del Capitolo, che residente e non-residente erano comparabili rispetto agli obblighi di tenuta della contabilità relativa all'attività condotta nel territorio lussemburghese. Ed invero, è ovvio che – in una prospettiva "host" una società residente nello Stato (A) e una stabile organizzazione nello stesso Stato (A) di una società residente nello Stato (B) possano considerarsi comparabili rispetto all'attività condotta da entrambi nel territorio dello Stato (A) e che, invece, esse non siano comparabili rispetto alle attività condotte in altri Stati (C), (D) ecc.

sdizione territoriale fiscale di (e di riflesso delle diverse obbligazioni gravanti su) uno Stato a seconda che esso operi nella qualità di Stato della fonte o di Stato della residenza. La stabile organizzazione della società non residente in Lussemburgo e la società residente in Lussemburgo non erano comparabili – rispetto al diritto di dedurre le perdite transfrontaliere – perché il Lussemburgo aveva competenza territoriale solo sulle perdite sopportate dalla società residente.

Il primo richiamo alla territorialità – quale effettiva causa di giustificazione di una restrizione – avviene in *Lasteyrie du Saillant*³⁸, ove essa è stata rigettata.

È però in *Marks & Spencer*³⁹ che se ne trova la compiuta definizione nei termini che seguono:

*“(...) la tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri potrebbe rendere necessaria l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno di tali Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite”*⁴⁰.

In effetti, si precisa ancora, *“(...) concedere alle società la possibilità di optare per la presa in considerazione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile si troverebbe aumentata per il primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite”*⁴¹.

La territorialità – come causa di giustificazione – è quindi un corollario del diritto che gli Stati si sono riservati di ripartire tra di essi le rispettive potestà impositive concernenti fattispecie con elementi di estraneità.

Tale ripartizione, come sappiamo, non è censurabile dalla Corte – la quale si limita a condurre il proprio sindacato sull'esercizio delle potestà impositive così ripartite –, anche quando essa determina degli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali⁴².

Ora se, in base alla suddivisione delle giurisdizioni fiscali dello Stato della residenza e dello Stato della fonte, è riservato a uno di essi il potere di tassare il “reddito positivo” derivante da una determinata fonte, è “implicito” in tale suddivisione che l'altro Stato non

³⁸ Su cui vedi il paragrafo 6.7.2. del Capitolo IV.

³⁹ Su cui vedi il paragrafo 6.2.6. del Capitolo IV.

⁴⁰ *Marks&Spencer*, § 45.

⁴¹ *Id.*, § 46.

⁴² Vedi al riguardo il Capitolo III.

debba essere tenuto a prendere in considerazione il “reddito negativo” derivante da quella medesima fonte.

Questo ragionamento, in effetti, potrebbe essere condotto al livello della comparabilità delle situazioni (del “migrante” e del “non-migrante”), piuttosto che a quello della giustificazione della restrizione: come dimostrato dal caso *Futura* e, soprattutto, dall'impostazione analitica di Geelhoed più volte richiamata. Tuttavia, per le ragioni già in parte esposte⁴³, è da preferirsi l'impostazione adottata dalla Corte nell'assoluta maggioranza delle proprie sentenze: essa, difatti, consente:

(i) in prima battuta, di far emergere il carattere protezionistico di una misura fiscale, come ad esempio la dimensione unicamente domestica della compensazione infragruppo delle perdite in *Marks&Spencer*;

(ii) in seconda battuta, di bilanciare la tutela delle potestà impositive statali – come ripartite in base alla prassi internazionale –, con la tutela dei diritti soggettivi conferiti dalle libertà di circolazione.

Questa definizione ci consente di distinguere opportunamente questa causa di giustificazione con quella fondata sulla “coerenza del sistema fiscale”.

La prima attiene all'esigenza di evitare che l'attuazione delle libertà fondamentali disarticoli l'equilibrio raggiunto dagli Stati in sede di allocazione della giurisdizione fiscale; quando, infatti, gli Stati stabiliscono le rispettive competenze su una data fonte di reddito, tali competenze ne abbracciano entrambi i “versanti”: quello positivo e quello negativo.

La seconda mira, invece, a evitare che l'attuazione delle libertà fondamentali spezzi il nesso diretto che uno Stato abbia instaurato – al livello del singolo contribuente oppure di “sistema” – tra la deduzione di un costo e la tassazione di un provento sì che tale Stato si trovi obbligato a concedere l'una (la deduzione) senza poi essere in grado attuare l'altra (la tassazione).

3.3.2. Territorialità e tassazione consolidata: il rapporto tra “l'esigenza di assicurare un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi”, l’“esigenza di evitare la doppia deduzione delle perdite” e l’“esigenza di contrastare l'elusione fiscale”

La possibilità lasciata agli Stati di non ammettere in deduzione le perdite sopportate all'estero invocando – da solo o in combinato con altre cause di giustificazione – il principio di territorialità è stata

⁴³ Vedi il paragrafo 4.2 del Capitolo IV.

consacrata in *Marks & Spencer* e ribadita successivamente in casi come *Lidl Belgium* e *X Holdings BV*⁴⁴.

In particolare, in *Marks & Spencer* l'esigenza di garantire che alle attività economiche delle società residenti in uno Stato si applichino le sole norme tributarie di tale Stato *“per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite”* è stata accettata come una valida giustificazione della restrizione provocata dalla dimensione solo “interna” del regime di tassazione consolidata vigente nel Regno Unito solo in quanto tale restrizione consentiva di soddisfare anche l'esigenza di:

(i) evitare una doppia deduzione delle perdite (sia nello Stato di residenza della società-madre che in quello della società-figlia)⁴⁵;

(ii) contrastare pratiche elusive e, più precisamente, evitare che *“all'interno di un gruppo di società vengano organizzati trasferimenti di perdite in direzione delle società registrate negli Stati membri che applicano i tassi di imposizione più elevati ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite”*⁴⁶.

In *Lidl Belgium*, dove la causa principale verteva sulla compatibilità del divieto imposto a una società residente di dedurre le perdite sopportate da una stabile organizzazione all'estero, la Corte ha chiarito che la causa di giustificazione basata sul principio di territorialità non doveva necessariamente essere accompagnata da entrambe le altre due cause di giustificazione. In effetti, *“(...) considerata la diversità delle situazioni in cui uno Stato membro può invocare tali ragioni, non si può richiedere che ricorrano tutti gli elementi di giustificazione enunciati al punto 51 della citata sentenza Marks & Spencer affinché una normativa fiscale nazionale restrittiva della libertà di stabilimento sancita dall'art. 43 CE possa, in linea di principio, essere giustificata”*.

D'onde la conclusione che la misura restrittiva era da considerarsi giustificata alla luce del principio di territorialità e della (sola) esigenza di evitare la doppia presa in considerazione delle perdite in questione⁴⁷.

In *X Holding BV* il principio di territorialità ha, di fatto, assorbito l'esigenza di contrastare condotte elusive; esigenza, dunque, che non compare come un'autonoma causa di giustificazione.

Tale seconda esigenza, d'altra parte, costituiva un evidente co-

⁴⁴ Vedi, al riguardo, il paragrafo 6.2.6. del Capitolo IV.

⁴⁵ *Marks & Spencer*, § 47.

⁴⁶ *Id.*, § 49.

⁴⁷ *Lidl Belgium*, § 42.

rollario della territorialità già nelle precedenti sentenze dove, pure, essa non era stata distintamente messa in evidenza.

Quando, infatti, in *Lidl Belgium* si è rilevato, a supporto della rilevanza del principio di territorialità quale causa di giustificazione, che “(...) il fatto di consentire che le perdite di una stabile organizzazione non residente possano essere deducibili dal reddito dalla società principale comporterebbe la conseguenza di permettere a quest’ultima di scegliere liberamente lo Stato membro in cui dedurre tali perdite”⁴⁸ non si descrive un fenomeno molto diverso da quello delineato in *Oy AA*⁴⁹ a supporto della rilevanza dell’esigenza di contrastare pratiche elusive in seno alle quali, “(...) tramite costruzioni di puro artificio, vengano organizzati trasferimenti di redditi in seno ad un gruppo di società in direzione delle società la cui sede si trova negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati”⁵⁰.

3.3.3. Il principio di territorialità non può essere invocato per giustificare la mancata presa in considerazione del “reddito negativo” transfrontaliero di un contribuente non-residente

È importante porre l’accento sulla ragione per la quale il principio di territorialità ha trovato riconoscimento nei casi poc’anzi esaminati (da *Futura* a *X Holding BV*) e non in altri dove pure si poneva un problema di deduzione del “reddito negativo” transfrontaliero.

In particolare, ci riferiamo a quei casi “*host*” – *Ritter-Coulais*, *Lakebrink* e *Renneberg*⁵¹ – dove la Corte ha accertato il connotato restrittivo di taluni regimi nazionali che ammettevano la deduzione del “reddito negativo” derivante da immobili situati in un altro Stato solo a favore di contribuenti residenti.

Come si è detto, in *Futura* la Corte ha correttamente riconosciuto che il diverso trattamento riservato alle società residenti – la cui base imponibile è invece costituita dal reddito complessivo (utili e perdite derivanti da attività ovunque svolte) – non poteva essere considerato discriminatorio ed era conforme al principio di territorialità, dove: (i) la assenza di discriminazione derivava dalla circostanza che – rispetto alla tassazione del reddito complessivo⁵² – resi-

⁴⁸ *Id.*, § 34.

⁴⁹ Vedi, al riguardo, il paragrafo 5.3.3. del Capitolo IV.

⁵⁰ *Oy AA*, § 58.

⁵¹ Sui quali vedi, al riguardo, il paragrafo 5.4.2.2. del Capitolo IV.

⁵² Ma non, evidentemente, delle perdite subite nel nello Stato ospitante stesso, d’onde la conclusione che il requisito della tenuta della doppia contabilità costituiva una restrizione (sia pur giustificata, ancorché non proporzionale).

denti e non residenti non erano comparabili e (ii) la conformità con il principio di territorialità derivava, correlativamente, dalla circostanza che lo Stato della fonte vedeva la propria giurisdizione fiscale nei confronti della società non residente simmetricamente limitata sia sul versante degli utili che su quello delle perdite.

In *Futura*, dunque, la territorialità non è un elemento che ha operato “a valle” della valutazione di comparabilità (eventualmente giustificando il diverso trattamento riservato a soggetti comparabili), essa piuttosto avendo costituito l’elemento sul quale si giocava la comparabilità stessa: rispetto alla presa in considerazione dei “redditi negativi” conseguiti al di fuori dello Stato della fonte, residente e non residente non erano comparabili perché, mentre il primo era tassato anche sui correlati “redditi positivi” transfrontalieri, il secondo era tassato solo su quelli conseguiti all’interno del territorio dello Stato della fonte.

La differenza delle situazioni in *Futura*, da un lato, e in *Ritter-Coulais*, *Lakebrink* e *Renneberg*, dall’altro, è evidente sotto entrambi i profili della discriminazione e della rilevanza del principio di territorialità.

Per quanto riguarda la discriminazione, in questi casi, residente e non residente erano comparabili avendo lo Stato della fonte (sia pur in via di fatto⁵³, per quanto attiene al non-residente) giurisdizione sul reddito complessivo di entrambi⁵⁴.

Per quanto attiene alla questione della territorialità, si deve considerare che, in base al “trattamento nazionale” che veniva in considerazione nei tre casi in esame, ai residenti era espressamente concesso di dedurre dal proprio reddito complessivo il “reddito negativo” derivante da immobili situati al di fuori del territorio del loro Stato di residenza; e ciò – ed è qui la chiave del ragionamento della Corte – indipendentemente dalla circostanza che quello Stato avesse convenzionalmente rinunciato ad assoggettare a tassazione il “reddito positivo” derivante da quegli stessi immobili mediante la concessione di un credito d’imposta in sede di convenzione contro le doppie imposizioni⁵⁵.

⁵³ Perché la maggior parte dei redditi di tali non residenti era prodotta e tassata nello Stato ospitante.

⁵⁴ Diversamente che in *Futura*, la quale come si è appena osservato risultava non comparabile ad una società residente rispetto ai redditi transfrontalieri.

⁵⁵ In conformità alla prassi internazionale (art. 6 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni) i redditi immobiliari risultavano tassabili in entrambi gli Stati della fonte e della residenza, ma, sempre in conformità a tale prassi (art. 23 del Modello) il primo Stato era tenuto a riconoscere un credito per le imposte corrisposte al secondo Stato.

Vuol dire che, avendo lo Stato della fonte (ad esempio i Paesi Bassi nel caso *Renneberg*) derogato al principio di territorialità per quanto riguardava i propri residenti – che potevano dedurre i redditi transfrontalieri negativi pur senza essere tassati su quelli positivi – il principio del “trattamento nazionale” imponeva di estendere tale deroga anche ai non residenti comparabili.

Ma osserviamo queste due scansioni logiche utilizzando le parole della Corte nel caso *Renneberg*:

*“(...) se un contribuente residente (nei Paesi Bassi, n.d.r.) trae un reddito negativo da un immobile ubicato in Belgio, tale componente negativa del reddito può essere dedotta dal reddito imponibile nei Paesi Bassi, fermo restando che, in un successivo esercizio nel corso del quale dovesse ricavarsi dallo stesso bene un reddito positivo, la riduzione diretta a evitare la doppia imposizione di tale reddito sarà calcolata deducendo tale perdita precedente da detto reddito positivo, in applicazione dell’art. 24, n. 1, punto 2, della convenzione fiscale, letto in combinato disposto con l’art. 3, n. 4, del decreto 21 dicembre 1989, sulla prevenzione della doppia imposizione”*⁵⁶.

I Paesi Bassi avevano dunque concesso ai propri residenti il diritto di dedurre dal proprio reddito complessivo il “reddito negativo” da essi conseguito in Belgio a ciò non ostando la scelta operata dai due Stati nella convenzione contro le doppie imposizioni di assegnare al Belgio la potestà impositiva sui redditi derivanti da immobili situati sul suo territorio.

Ma se le scelte di ripartizione territoriale della potestà impositiva (la territorialità) non avevano impedito di tenere conto del “reddito negativo” quando si trattava dei residenti, allora ne discendeva giustamente che *“(...) contrariamente alla tesi del governo dei Paesi Bassi, il diniego di deduzione opposto ad un contribuente come il sig. Renneberg non deriva dalla scelta effettuata nella stessa convenzione di attribuire allo Stato membro nel cui territorio è situato l’immobile in questione la competenza a tassare i redditi immobiliari dei contribuenti rientranti nell’ambito di applicazione di detta convenzione ...”*⁵⁷ ma *“(...) dipende dunque, in realtà, dall’esistenza o dalla mancanza in capo ai detti contribuenti dello status di residenti nei Paesi Bassi”*⁵⁸.

Pertanto, e tirando le fila sul punto, le diverse conclusioni raggiunte dalla Corte in *Futura*, da un lato, e *Ritter-Coulais*, *Lakebrink*

⁵⁶ *Renneberg*, § 14.

⁵⁷ *Id.*, § 57.

⁵⁸ *Id.*, § 58.

e *Renneberg*, dall'altro, rispecchiano la diversità delle situazioni rispettivamente in gioco a nulla rilevando che nell'un caso il contribuente avesse forma societaria e negli altri no.

In effetti:

(i) nel primo caso lo Stato della fonte non aveva giurisdizione sui redditi conseguiti dal non residente al di fuori del suo territorio, onde il medesimo non poteva considerarsi comparabile al residente rispetto alla tassazione di siffatti redditi proprio sotto il profilo della territorialità, sussistente per il secondo ma non per il primo;

(ii) negli altri casi lo Stato della fonte aveva di fatto giurisdizione sul reddito complessivo del non residente, onde il medesimo poteva – sotto tale profilo (*id est*: la tassazione del reddito complessivo) – considerarsi comparabile al residente; d'altra parte, la territorialità – ovvero il fatto che quello Stato non doveva essere chiamato a riconoscere il “reddito negativo” conseguito dal non residente al di fuori del suo territorio giacché non aveva giurisdizione su quello “positivo” – non poteva rappresentare un ostacolo visto che quella stessa asimmetria operava a regime per i residenti.

Anche nei casi “*origin*” inaugurati con *Marks & Spencer* ci troviamo dinanzi a fattispecie nelle quali lo Stato membro non aveva giurisdizione fiscale su redditi transfrontalieri.

Qui l'ottica è, ovviamente, rovesciata ed il problema si pone rispetto – non già ad una società non residente (come in *Futura*), ma – ad una società residente che aveva esercitato una libertà fondamentale in un altro Stato costituendo ivi una stabile organizzazione od una società partecipata: i redditi transfrontalieri dei quali si discute risultavano appunto prodotti da consociate estere (come in *Marks & Spencer*) o da stabili organizzazioni all'estero (come in *Lidl Belgium*).

Qui la territorialità operava “a valle” rispetto alla comparabilità e, dunque, il problema della sua rilevanza si è posto solo una volta che la Corte ha stabilito la comparabilità tra la società “migrante” – che, nel costituire una società partecipata o una stabile organizzazione, si era avvalsa di una libertà fondamentale – e la società “non-migrante” che – nel compiere la medesima azione – si era mantenuta all'interno dei confini nazionali e, dunque, non si era avvalsa di una libertà.

Ebbene, proprio in considerazione della necessità di mantenere la simmetria territoriale tra tassazione degli utili e deduzione delle perdite, la Corte ha ritenuto che – in generale e fatto salvo il principio di proporzionalità – lo Stato di residenza della società madre o della società principale non fosse tenuta ad ammettere in deduzione

le perdite subite dalle proprie società partecipate o stabili organizzazioni quando esse erano stabilite all'estero, nonostante che tale possibilità era viceversa prevista per le corrispondenti situazioni interne.

Sembra anche qui chiara la fondamentale differenza con i casi *Ritter-Coulais*, *Lakebrink* e *Renneberg* giacché in essi, al contrario che nelle fattispecie appena richiamate, non vi era nessuna necessità di tutelare la simmetria territoriale tra utili e perdite posto che, come più volte ripetuto, era lo stesso Stato interessato ad avervi rinunciato quando si era trattato di ammettere in deduzione il “reddito negativo” degli immobili all'estero dei propri residenti, indipendentemente dalla tassazione del loro “reddito positivo”.

Poiché tale rinuncia era parte del “trattamento nazionale”, la Corte non ha potuto che trarne le dovute conseguenze sul piano, sia della sua estensione al non residente divenuto comparabile in base ai principi a suo tempo dettati in *Schumacker*, sia della (non) esistenza di uno spazio logico per evocare il principio di territorialità quale causa di giustificazione della restrizione.

3.3.4. Territorialità e “exit taxes”

Esaminando la giurisprudenza della Corte in tema di ostacoli posti dagli Stati d'origine alla “migrazione fiscale” delle persone fisiche e giuridiche, si è potuto prendere atto di come il “residente-migrante” e il “residente-non-migrante” siano del tutto comparabili e che, dunque, siffatti ostacoli ammontino *tout court* a restrizioni delle libertà fondamentali chiamate di volta in volta in causa.

Al contempo si è però anche anticipato che la giurisprudenza non si è fermata all'analisi del solo profilo attinente alla restrizione, andando oltre alla ricerca di un punto di equilibrio tra prerogative connesse alla tassazione e prerogative connesse alla migrazione.

La “quadratura del cerchio” sembra essere stata al riguardo individuata proprio attraverso la causa di giustificazione fondata sull’“esigenza di garantire un’equilibrata ripartizione delle potestà impositive tra gli Stati”: per quanto respinta nel caso *Lasteyrie du Saillant*, essa è stata accolta nel caso immediatamente successivo *N*, ove la Corte ha dato atto che “(...) è sulla base di tale principio di territorialità fiscale, affiancato da un elemento temporale (vale a dire la residenza sul territorio nazionale nel periodo in cui si è verificato il guadagno imponibile), che le disposizioni nazionali in questione prevedono la riscossione dell’imposta sulle plusvalenze intervenute nei Paesi Bassi, il cui importo è stato determinato al momento del trasferimento all’estero del contribuente interessato

e il cui pagamento è stato sospeso fino all'effettiva cessione dei titoli"⁵⁹.

Già da questo caso, la sistemazione della problematica si lascia riassumere in questi termini:

(i) la tassazione delle plusvalenze latenti all'atto del cambio di residenza rappresenta una restrizione astrattamente vietata;

(ii) tale restrizione è – a certe condizioni – giustificata dal motivo imperativo di interesse pubblico sintetizzabile nel principio di “territorialità”;

Le condizioni alle quali la restrizione poteva dirsi giustificata sono state elaborate dalla Corte nello stesso caso *N* e, in maniera più analitica, nel caso *National Grid. Indus. BV* in applicazione dell'ultimo passaggio logico della “*Gebhard rule*”: ossia la proporzionalità della misura restrittiva rispetto all'obiettivo perseguito (*id est*: garantire l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati) ed è, pertanto, nella sede dedicata a tale concetto che se ne tratterà⁶⁰.

3.4. L'esigenza di garantire l'effettività dei controlli fiscali e l'esigenza di garantire un'efficace riscossione dei tributi

3.4.1. La “*Bachmann rule*”

Nel caso *Bachmann*⁶¹ i Governi intervenuti nel procedimento davanti alla Corte avevano argomentato che la prevista indeducibilità fiscale dei – soli – contributi di vecchiaia e di morte versati a imprese non-residenti doveva ritenersi giustificata alla luce della “(...) difficoltà, se non l'impossibilità, di controllare gli attestati dei versamenti di contributi effettuati in altri Stati membri (...)”⁶².

La risposta fornita al riguardo – che chiameremo la “*Bachmann rule*” – conteneva già due importanti riferimenti sui quali si svilupperà la giurisprudenza successiva⁶³.

Tale “regola” vuole: che al fine di soddisfare l'esigenza di garantire l'effettività dei controlli fiscali le autorità fiscali di uno Stato membro possano

⁵⁹ *N*, § 46.

⁶⁰ Vedi il successivo paragrafo 3.3.4. del Capitolo V.

⁶¹ Vedi, al riguardo, il paragrafo 4.3. del Capitolo III.

⁶² *Bachmann*, § 17.

⁶³ Per altre applicazioni della “*Bachmann rule*” vedi, oltre ai casi citati nel testo: Causa C-150/04 (*Commission v. Denmark*); Causa C- 318/07 (*Persche*); Causa C-254/97 (*Baxter*) § 19 e 20; Causa C-39/04 (*Laboratoires Fournier*) § punto 25.

(i) “(...) ricorrere alla direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, 77/799/CEE [sostituita dalla Direttiva 2011/16/UE, n.d.r.], relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette (...) per controllare se i versamenti sono stati effettuati in un altro Stato membro, allorché, come nel caso in esame, la determinazione dell'imposta sul reddito deve essere fatta tenendo conto di tali versamenti (art. 1, n. 1)”⁶⁴;

(ii) “(...) esigere dall'interessato le prove che esse ritengano necessarie e, se del caso, di negare il beneficio della detrazione dei contributi, ove le prove richieste non fossero fornite”⁶⁵.

In generale, si può quindi affermare che l’“esigenza di garantire i controlli fiscali” non può giustificare il diniego di un’agevolazione fiscale nei confronti del “migrante” perché, da un lato, gli Stati possono a tal fine avvalersi delle prerogative assicurate dalla Direttiva sulla cooperazione amministrativa in materia fiscale – il cui scopo è proprio quello di “garantire i controlli fiscali” –, e, dall’altro e comunque, essi possono sempre subordinare la concessione del vantaggio fiscale all’esibizione della documentazione comprovante la sua spettanza.

Nel caso *Elisa*⁶⁶ veniva in considerazione il rifiuto della Francia di estendere ad una società lussemburghese l’esenzione dall’imposta patrimoniale immobiliare concessa, a parità di condizioni alle società residenti. In particolare, la normativa controversa prevedeva che per le persone giuridiche aventi la sede in un altro Stato membro l’esenzione era condizionata “(...) all’esistenza di una convenzione di assistenza amministrativa conclusa tra la Francia e tale Stato con l’obiettivo di combattere la frode e l’evasione fiscale o alla circostanza che, applicando un Trattato contenente una clausola di non discriminazione in base alla nazionalità, tali persone giuridiche non devono essere assoggettate ad un’imposizione maggiormente onerosa rispetto a quella a cui sono assoggettate le persone giuridiche di cui la sede della direzione effettiva si trovi in Francia”⁶⁷.

Il Governo francese, onde giustificare la restrizione imposta sul “migrante”, argomentava che l’imposta controversa mirava a dissuadere i contribuenti soggetti all’imposta sul patrimonio dal sottrarsi a una tale imposizione intestando i propri immobili a società “scher-

⁶⁴ *Id.*, § 18.

⁶⁵ *Id.*, § 20.

⁶⁶ Causa 451/05.

⁶⁷ *Elisa*, § 18.

mo” domiciliate in Stati con i quali la Francia non aveva stipulato un convenzione di assistenza amministrativa o un trattato contenente una clausola di non discriminazione in base alla nazionalità⁶⁸.

La Corte – facendo scrupolosa applicazione della “*Gebhard rule*” – una volta accertato che la restrizione poteva in effetti considerarsi giustificata dall’esigenza di contrastare tali pratiche elusive, e ritenuto che la misura appariva “appropriata”⁶⁹ rispetto ad un siffatto obiettivo, si è interrogata se essa fosse anche proporzionata.

È a tale riguardo che si è posta la questione dell’effettività dei controlli fiscali: il Governo francese rilevava, infatti, che la necessità di mantenere la misura restrittiva si giustificava con la difficoltà di acquisire informazioni attendibili sulla base delle quali stabilire se le società non residenti (lussemburghese in questo caso) erano dei meri “schermi” dietro i quali si celavano contribuenti francesi.

La Corte ha, quindi, fatto ricorso alla “*Bachmann rule*”.

Preso atto che – sebbene i due Stati fossero sottoposti alla Direttiva sull’assistenza amministrativa nr. 77/799 – il suo art. 8, n. 1, non imponeva, nella specie, la cooperazione tra le rispettive amministrazioni finanziarie, la Corte ha ripetuto che “(...) *l’impossibilità di richiedere tale collaborazione non può giustificare il rifiuto di un’agevolazione fiscale*”⁷⁰, e ciò in quanto nulla impediva “(...) *alle autorità fiscali interessate di esigere dal contribuente le prove che esse reputino necessarie per la corretta determinazione delle imposte e delle tasse di cui trattasi e, se del caso, di negare l’esenzione richiesta qualora tali prove non vengano fornite*”.⁷¹

Analogo esito ha, tra gli altri, scaturito il caso *Papillon*⁷² dove pure la Corte aveva riconosciuto la astratta pertinenza della causa di giustificazione basata sull’“esigenza di assicurare la coerenza del sistema fiscale”⁷³. Sennonché, nel valutare la proporzionalità della misura, la Corte ha accertato che l’adesione alla “*Bachmann rule*” costituiva uno strumento meno restrittivo di quello di escludere il “migrante” dal beneficio oggetto della causa di cui al ricorso principale⁷⁴.

⁶⁸ *Id.*, § 84.

⁶⁹ *Id.*, § 88.

⁷⁰ *Id.*, § 94.

⁷¹ *Id.*, § 25.

⁷² Vedi, al riguardo, il paragrafo 6.2.6. del Capitolo IV.

⁷³ *Papillon*, § 51.

⁷⁴ *Id.*, § 61.

3.4.2. Il “diverso contesto giuridico” nel quale avvengono i movimenti di capitale da e verso Stati terzi

Nel caso A⁷⁵, la Corte ha introdotto una eccezione alla “*Bachmann rule*”, spiegabile in considerazione della specificità della fattispecie.

La legislazione svedese prevedeva – a certe condizioni – che i dividendi in natura (nella forma di azioni emesse da una loro consociata) distribuiti da società residenti in Svezia, oppure in uno Stato della Spazio Economico Europeo oppure ancora in uno Stato con il quale la Svezia aveva concluso una convenzione contenente una clausola sullo scambio di informazioni erano esenti.

Il ricorrente nella causa principale aveva ricevuto tale tipologia di dividendi da una società Svizzera, Stato con il quale la Svezia aveva stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni che, però, non prevedeva una clausola sullo scambio d'informazioni rispondente all'art. 26 del Modello OCSE.

Accertato che la normativa nazionale determinava una restrizione alla libera circolazione dei capitali – quale libertà riconosciuta anche rispetto ai movimenti verso Stati terzi come la Svizzera – perché trattava il “migrante” (al quale non spettava l'esenzione) in modo meno favorevole del “non-migrante” (al quale essa invece spettava), la Corte è passata a esaminare se tale restrizione poteva considerarsi giustificata alla luce dell’“esigenza di assicurare l'effettività dei controlli fiscali” sotto il profilo della impossibilità per l'amministrazione finanziaria svedese di verificare la sussistenza delle condizioni – riguardanti la società estera distributrice dei dividendi – alle quali era subordinata la spettanza dell'agevolazione.

A questo riguardo, i giudici hanno rilevato che la “*Bachmann rule*” non poteva applicarsi perché essa verteva “(...) su restrizioni all'esercizio delle libertà di circolazione in seno alla Comunità (...)” e come tale “(...) non può essere integralmente trasposta ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e i paesi terzi, in quanto tali movimenti si collocano in un contesto giuridico diverso da quello delle cause che hanno dato luogo alle sentenze menzionate ai due punti precedenti [causa C-254/97 (*Baxter*) § 19 e 20; causa C-39/04 (*Laboratoires Fournier*) § punto 25, nonché causa C- 451/05 (*Elisa*), § 96, n.d.r.]”⁷⁶.

Le ragioni che hanno spinto la Corte a statuire che i movimenti di capitali con uno Stato terzo si situano in un “contesto giuridico

⁷⁵ Causa C-101/05.

⁷⁶ A, § 60.

diverso” da quello preso in considerazione nel caso *Bachmann* e successivi in termini sono due:

(i) da un lato, in tali situazioni non si rende applicabile la Direttiva 77/799 sulla collaborazione amministrativa in materia fiscale che, pur non consentendo sempre un adeguato scambio d’informazioni⁷⁷, fissa nondimeno degli obblighi di collaborazione che in mancanza di accordi specifici manca rispetto agli Stati terzi⁷⁸;

(ii) dall’altro, l’armonizzazione in materia di contabilità delle imprese offre al contribuente la possibilità di produrre dati affidabili e verificabili relativi alla struttura o alle attività di una società stabilita in un altro Stato membro, mentre siffatta possibilità non è garantita al contribuente quando si tratti di una società stabilita in un paese terzo che non è tenuto ad applicare dette misure comunitarie⁷⁹.

È questo secondo aspetto, in particolare, che ha determinato gli effetti più rilevanti perché ha privato il contribuente del diritto di fornire la prova della sussistenza delle condizioni alle quali era subordinata la spettanza dell’agevolazione.

Quanto precede è tanto più significativo in quanto in un diverso contesto – quello del caso *Futura*⁸⁰ – la Corte non aveva dato soverchia importanza alle norme comuni in materia di formazione dei bilanci societari. La problematica, come sappiamo, riguardava le modalità con le quali a una società non-residente veniva consentito di provare che le perdite subite dalla propria stabile organizzazione derivavano effettivamente ed esclusivamente dall’attività svolta nello Stato ospitante e, a fronte del suggerimento fornito dalla Commissione che tale controllo sarebbe potuto avvenire esaminando i bilanci – redatti secondo regole armonizzate – della società non-residente stessa, la Corte ha osservato che allo stato attuale del diritto comunitario “(...) *contrariamente a quanto sostiene la Commissione, gli scopi perseguiti con la seconda condizione non sarebbero* (controllare l’inerenza delle perdite all’attività svolta nello Stato ospitante, n.d.r.) *conseguiti se le autorità lussemburghesi, per verificare l’importo degli elementi della base imponibile, dovessero rifarsi ai conti tenuti dal contribuente non residente conformemente alle norme di un altro Stato membro*”⁸¹.

⁷⁷ Come dimostrato dal caso *Bachmann* e seguenti.

⁷⁸ *A*, § 61.

⁷⁹ *Id.*, § 62.

⁸⁰ Vedi al riguardo il paragrafo 4.1.2. del Capitolo quarto.

⁸¹ *Futura*, § 32.

Infatti, si è aggiunto, “(...) finora non è stata prevista alcuna armonizzazione delle norme nazionali in materia di determinazione della base imponibile per le imposte dirette. Di conseguenza, ciascuno Stato membro stabilisce le proprie norme per determinare sia gli utili, i redditi, le spese, le detrazioni e le esenzioni sia gli importi corrispondenti presi in considerazione nel calcolo dei redditi imponibili o nel calcolo delle perdite che possono essere portate a nuovo”⁸².

In sostanza, la Corte ha riconosciuto che esiste un certo coordinamento a livello europeo per quanto attiene alla tenuta della contabilità delle imprese, ma questo lascia irrisolto il problema della determinazione della base imponibile – che rilevava nel caso di specie – rispetto alla quale non è stato invece raggiunto alcun grado di armonizzazione.

Il caso *Commission v. Italy* offre ulteriori indicazioni in merito al ruolo che – limitatamente alle transazioni “ambientate” all’interno dell’Unione – la Corte ha assegnato alla Direttiva sull’assistenza amministrativa fra le autorità competenti degli Stati membri.

La questione controversa riguardava, come si rammenterà, il diverso regime di tassazione applicato ai dividendi in uscita a seconda che il socio fosse residente o non-residente.

Onde giustificare la restrizione derivante da tale diverso trattamento, il Governo italiano aveva fatto valere, tra le altre, l’esigenza di contrastare l’elusione fiscale sotto il profilo che i “(...) soggetti passivi residenti sul territorio nazionale potrebbero nascondersi dietro una società non residente sottraendosi in tal modo all’imposta sui dividendi”⁸³.

La Corte, dopo aver escluso che una simile esigenza potesse giustificare l’applicazione in via generale e astratta di un regime di tassazione meno favorevole dei dividendi distribuiti a azionisti non residenti, ha aggiunto che, comunque “(...) la direttiva (...) 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e indirette (...), come modificata con direttiva del Consiglio (...) 92/12/CE, può essere invocata da uno Stato membro per ottenere, da parte delle competenti autorità di un altro Stato membro, ogni informazione necessaria a consentirgli di determinare correttamente l’ammontare delle imposte rientranti nell’ambito applicativo della citata direttiva”⁸⁴.

⁸² *Id.*, § 33.

⁸³ Vedi il § 64 delle Conclusioni dell’Avvocato generale Kokott al caso *Commission v. Italy*.

⁸⁴ *Commission v. Italy*, § 60.

Il dato rilevante che emerge da questo passaggio è che la direttiva in questione è in grado di “depotenziare” la valenza quale causa di giustificazione, non solo dell’esigenza di assicurare l’effettività dei controlli fiscali, ma anche di quella di contrasto all’elusione fiscale ove la misura in contestazione non abbia specificamente a oggetto “(...) costruzioni puramente artifiziose, aventi lo scopo di aggirare la legge fiscale”⁸⁵.

Il quadro fin qui tratteggiato cambia radicalmente quando, come nel caso *A*, si tratti di applicare la libera circolazione di capitali in un “ambiente” dove la predetta direttiva non opera e, comunque, non sono previsti idonei surrogati della medesima.

Ed infatti la giustificazione invocata dal Governo italiano ha avuto maggior fortuna quando si è trattato di testarla rispetto alle distribuzioni di dividendi a favore di azionisti residenti in Stati appartenenti allo Spazio Economico Europeo, come il Lichtenstein, l’Islanda e la Norvegia: rilevato che a tali Stati non si applicava la direttiva nr. 77/799 e che, ove esistenti, le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con tali giurisdizioni non prevedevano lo scambio di informazioni⁸⁶, la Corte ha coerentemente ritenuto che qui venisse in considerazione quel “diverso contesto giuridico” che imponeva, da un lato di derogare alla “*Bachmann rule*” e, dall’altro e correlativamente, di accogliere la causa di giustificazione centrata sull’“esigenza di garantire l’effettività dei controlli fiscali”⁸⁷.

Quindi concludendo, l’assetto che pare emergere dalla giurisprudenza esaminata è che “l’esigenza di assicurare l’effettività dei controlli fiscali” è suscettibile di giustificare esclusivamente quelle restrizioni consumate in un “diverso contesto giuridico” rispetto a quello dell’Unione. In particolare, mentre in ambito comunitario gli Stati possono fare affidamento sulla direttiva in materia di reciproca assistenza delle loro competenti autorità, su norme comuni in materia di tenuta della contabilità delle imprese e, aspetto decisivo, sul diritto di subordinare la concessione di un vantaggio fiscale alla dimostrazione da parte del contribuente circa la sussistenza delle condizioni alle quali è subordinata la sua spettanza, al di fuori dell’ambito comunitario tali strumenti o non operano o non sono

⁸⁵ *Id.*, § 58.

⁸⁶ In realtà la Corte disponeva di informazioni errate per quanto riguarda la Norvegia in quanto la convenzione con tale Stato prevede lo scambio di informazioni.

⁸⁷ *Commission v. Italy*, § 70 e 71.

affidabili e, dunque, in mancanza di strumenti convenzionali che permettano un effettivo scambio d'informazioni, si giustifica che lo Stato membro rifiuti la concessione del vantaggio fiscale.

3.4.3. Il rilievo degli strumenti di collaborazione internazionale nella riscossione dei crediti fiscali

3.4.3.1. Il problema della ritenuta alla fonte applicata ai soli non-residenti

Trattando del caso *Scorpio*⁸⁸ abbiamo visto come la Corte abbia riconosciuto che il diverso trattamento del residente (non-migrante) e del non-residente (migrante) per quanto riguarda la modalità di riscossione delle imposte dovute in relazione ai redditi generati dall'attività da costoro svolta nel territorio dello Stato ospitante doveva considerarsi “(...) giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia della riscossione dell'imposta sul reddito”⁸⁹.

Più precisamente, la procedura della ritenuta alla fonte e il sistema della responsabilità che operava come garanzia di essa “(...) rappresentano (...) un mezzo legittimo ed appropriato per garantire la tassazione dei redditi di un soggetto stabilito al di fuori dello Stato dell'imposizione e per evitare che i redditi in questione sfuggano alla tassazione sia nello Stato di residenza che in quello in cui i servizi sono forniti”⁹⁰.

Nello stesso paragrafo, però, la Corte sembrava aver posto un *caveat* all'indiscriminata rilevanza di tale causa di giustificazione, richiamando l'attenzione sulla circostanza che “(...) alla data dei fatti di cui alla causa principale, vale a dire nel 1993, nessuna direttiva comunitaria né alcun'altra disciplina richiamata negli atti di causa regolava l'assistenza amministrativa reciproca in materia di riscossione dei crediti fiscali tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale di Germania”.

Tale inciso faceva, in effetti, presagire che in situazioni nelle quali, invece, operava un sistema di assistenza amministrativa in materia di riscossione dei crediti fiscali – come, in specie, quello dipoi attuato in via generale con la direttiva 2010/24/EU –, la ritenuta alla fonte dovesse cedere il passo a un sistema meno restrittivo o, comunque, non meno favorevole di quello garantito al residente. In altre parole, era lecito domandarsi quale sarebbe stata la posizione della Corte qualora all'epoca dei fatti di cui alla causa

⁸⁸ Vedi al riguardo il paragrafo 5.4.4. del Capitolo V.

⁸⁹ *Scorpio*, § 35.

⁹⁰ *Scorpio*, § 36.

principale vi fossero stati degli strumenti di assistenza reciproca nella riscossione dei crediti fiscali applicabili tra lo Stato ospitante e quello d'origine.

In realtà, nell'area coperta dalla giurisprudenza in tema di libertà di stabilimento, libera circolazione dei capitali e libera circolazione dei lavoratori non sembra possibile trarre indicazioni nel senso della sussistenza di un'alternativa tra l'applicabilità nei confronti dei non residenti della ritenuta alla fonte e la sussistenza di strumenti di cooperazione nella riscossione dei crediti fiscali tra gli Stati membri interessati dalla fattispecie con elementi di estraneità.

Lo dimostra il caso *Centro Equestre*⁹¹. In tale sede la Corte ha ripetuto il principio stabilito in *Gerritse*⁹² in tema di diretta connessione funzionale – e dunque, è stato con l'occasione precisato, non necessariamente temporale e spaziale⁹³ – tra le spese delle quali è chiesta la deduzione e l'attività che ha generato il reddito tassato nello Stato della fonte; ma nulla ha obiettato in merito alla circostanza che il relativo prelievo fosse attuato per il tramite di una ritenuta alla fonte⁹⁴.

In effetti, se le prerogative attribuite dalla direttiva 2008/55/EC (dipoi sostituita dalla direttiva 210/24/EU già richiamata) alle competenti autorità amministrative⁹⁵ – insieme allo stesso meccanismo applicativo del credito d'imposta previsto dalla convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra i due Stati interessati⁹⁶ – costituivano, ad avviso della Corte, strumenti idonei a evitare che le spese potessero essere prese in considerazione due volte da parte del contribuente – onde la misura adottata dallo Stato della fonte di subordinare la loro deducibilità al fatto di essere superiori alla metà del reddito doveva considerarsi non giustificato –, il problema, invece, della ritenuta alla fonte applicata ai soli non residenti è rimasto sullo sfondo e, quindi, sostanzialmente sospeso.

In *Truck Center*, dovendo come si rammenterà valutare la compatibilità con il diritto di stabilimento della ritenuta applicata dallo Stato della fonte sugli interessi pagati da una società ivi residente alla propria controllante non residente per un finanziamento da quest'ultima concessogli, la Corte ha ritenuto che il diverso trattamento applicato da tale Stato agli interessi pagati a società

⁹¹ Vedi al riguardo il paragrafo 5.4.3. del Capitolo IV.

⁹² *Centro Equestre*, § 23.

⁹³ *Id.*, § 25.

⁹⁴ *Id.*, § 5.

⁹⁵ *Id.*, § 36.

⁹⁶ *Id.*, § 34 e 35.

residenti – i quali non venivano assoggettati a ritenuta ma sottoposti all'imposta sulle società “nelle mani” delle società beneficiarie stesse – si giustificava in considerazione del fatto che mentre esse (società beneficiarie residenti) “(...) sono direttamente soggette al controllo dell'amministrazione tributaria belga (quale Stato della fonte, n.d.r.), che può garantire il recupero dell'imposta per vie esecutive, ciò non avviene nel caso delle società beneficiarie non residenti, poiché, per queste ultime, il recupero dell'imposta richiede l'assistenza dell'amministrazione tributaria del loro Stato di residenza”⁹⁷.

Se si tiene conto che tra i due Stati membri interessati esistevano all'epoca dei fatti di causa strumenti di collaborazione per la riscossione dei rispettivi crediti fiscali⁹⁸, se ne deve trarre la conclusione che, in generale, la sussistenza di siffatti strumenti non priva la ritenuta alla fonte (applicata ai soli non residenti ché se fosse applicata anche ai residenti ovviamente il problema non si porrebbe neppure) della sua giustificazione alla luce dell'esigenza di assicurare l'efficacia del recupero delle imposte dirette.

La Corte, d'altra parte, aveva chiaramente presente che l'originaria spiegazione data in *Scorpio* a supporto dell'affermata compatibilità del sistema della ritenuta – spiegazione incentrata sull'inesistenza di strumenti di collaborazione nella riscossione dei tributi vigenti tra gli Stati coinvolti – non era ripetibile nel caso di specie. È probabilmente per questo motivo che essa ha spostato il baricentro del proprio ragionamento, richiamando l'attenzione sul fatto che, a parità di altre condizioni – quali, segnatamente, presa in considerazione dei costi direttamente connessi e livello dell'aliquota –, la ritenuta è a ben vedere uno strumento di riscossione meno restrittivo di altri e, in specie, del versamento diretto poiché quest'ultimo implica l'addossamento al non-residente di oneri amministrativi o finanziari che la ritenuta medesima consente invece di evitare. Come segue:

⁹⁷ *Truck Center*, § 48.

⁹⁸ Così mette chiaramente in evidenza il punto in questione l'Avvocato generale Kokott al paragrafo 42 del proprio parere: “*However, there existed even then the Benelux Convention signed in Brussels on 5 September 1952 on mutual administrative assistance in the recovery of tax claims, which the Belgian Government produced in reply to a question from the Court. It should therefore be considered whether charging the withholding tax in the hands of the Luxembourg recipient of the interest payment – calling if need be on the administrative assistance of the Luxembourg tax authorities – might not be a less intrusive measure than deducting tax at source*”.

“(...) la differenza di trattamento risultante dalla normativa tributaria controversa nella causa principale non procura necessariamente un vantaggio alle società beneficiarie residenti in quanto, da un lato, come ha osservato il Governo belga all’udienza, tali società sono tenute a versare acconti sull’imposta sulle società e, dall’altro, l’aliquota della ritenuta di imposta mobiliare riscossa sugli interessi versati ad una società non residente è nettamente inferiore a quella dell’imposta sulle società, percepita sui redditi delle società residenti beneficiarie di interessi”⁹⁹.

In altri termini, la Corte ha evidenziato che la ritenuta, oltre ad essere un sistema appropriato per garantire un’efficace riscossione oltreconfine dei crediti fiscali, non è necessariamente svantaggiosa per il contribuente non residente perché lo esonera dal versare acconti sull’imposta sulle società (il profilo dell’aliquota applicata in sede di ritenuta non ha invece evidentemente a che fare con il metodo della ritenuta in sé e, quindi, sembra irrilevante ai fini del nostro discorso).

L’impossibilità di considerare gli strumenti di assistenza tra gli Stati alla stregua di un’idonea alternativa alla ritenuta alla fonte e, quindi, la compatibilità comunitaria di tale meccanismo di riscossione anche se applicato solamente ai non-residenti sembra aver trovato ulteriore conferma nel caso *X NV*¹⁰⁰ nel quale la Corte ha rammentato che l’intento delle direttive succedutesi nel tempo in tema di assistenza nella riscossione dei tributi non è *“(...) di sostituire la ritenuta alla fonte in quanto tecnica di riscossione dell’imposta”*¹⁰¹ e che, comunque, *“la riscossione diretta dell’imposta presso il prestatore di servizi non residente non rappresenterebbe necessariamente una misura meno vincolante della ritenuta alla fonte”*¹⁰².

3.4.3.2. Il problema della riscossione delle “exit taxes”

Nel caso *National Grid. Indus. BV*, accanto alla problematica della legittimità in sé della restrizione causata dalla tassazione delle plusvalenze latenti in occasione e per effetto del trasferimento all’estero della residenza – restrizione che, come abbiamo visto, è stata giustificata alla luce del principio di “territorialità” – si poneva la questione di “quando” tale prelievo potesse essere effettivamen-

⁹⁹ *Truck Center*, § 46.

¹⁰⁰ Causa C-498/10.

¹⁰¹ *X NV*, § 47.

¹⁰² *Id.*, § 52.

te attuato senza risultare a sua volta incompatibile con il diritto di stabilimento.

Tale questione non si era posta nel caso *N* perché la legislazione applicabile prevedeva, essa stessa, la sospensione del pagamento dell'imposta fino al momento dell'effettivo realizzo delle plusvalenze.

A fronte della possibilità che una simile sospensione fosse imposta anche nel caso di “*exit-taxes*” applicabili al trasferimento di residenza di società e, in specie, alla fattispecie di cui al caso *National Grid. Indus. BV*, alcuni governi hanno avanzato l'ipotesi che la restrizione derivante dalla riscossione immediata fosse giustificabile in ragione dell’“(…) *onere eccessivo, legato alla sorveglianza di tutti gli elementi dell'attivo di una società per i quali sia stata constatata una plusvalenza al momento del trasferimento della sua sede amministrativa effettiva*”¹⁰³.

La Corte – dopo aver chiarito che in realtà la sospensione del pagamento poneva solamente un problema di riscossione dell'imposta accertata al momento del trasferimento della residenza¹⁰⁴ – ha statuito che la direttiva sull'assistenza reciproca in materia di recupero di crediti tributari consente allo Stato membro di provenienza di ottenere dalla competente autorità dello Stato membro ospitante:

(i) in primo luogo, “(…) *informazioni relative al realizzo o al mancato realizzo di taluni elementi dell'attivo di una società che abbia trasferito la propria sede amministrativa effettiva in quest'ultimo Stato membro, nei limiti in cui esse siano necessarie al fine di consentire allo Stato membro di provenienza di riscuotere un credito fiscale originato al momento di tale trasferimento di sede*”¹⁰⁵;

(ii) in secondo luogo, “(…) *un ambito di cooperazione e di assistenza che consente loro di riscuotere effettivamente il credito fiscale nello Stato membro ospitante*”¹⁰⁶. La vigenza, pertanto, dei suddetti strumenti di collaborazione (nella fase del controllo e della riscossione) ha condotto la corte a chiarire che se il principio di territorialità fornisce un “motivo imperativo di interesse pubblico” idoneo a giustificare in principio la restrizione causata dalla tassazione delle plusvalenze “realizzate” per effetto della “migra-

¹⁰³ *National Grid Indus. BV*, § 75

¹⁰⁴ *Id.*, § 77.

¹⁰⁵ *Id.*, § 78.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

zione fiscale”, tale tassazione non deve necessariamente avvenire al momento di tale migrazione in quanto, come vedremo a breve, ove così fosse la misura risulterebbe sproporzionata rispetto allo scopo perseguito.

3.5. L'esigenza di contrastare l'elusione fiscale

3.5.1. Abuso del diritto comunitario e norme anti-abusive nazionali

In sede di esame dei principali caratteri identificativi delle singole libertà fondamentali si è accennato al tema dell'“abuso del diritto”¹⁰⁷. In quel contesto, l'espressione era utilizzata nel senso di “abuso del diritto comunitario” o di “abuso delle libertà fondamentali”.

Il problema, in siffatta accezione, si pone quando una prerogativa tutelata dal diritto comunitario è invocata per uno scopo diverso da quello in vista del quale essa è stata innanzitutto riconosciuta. Tale scopo può essere quello di sottrarsi a obblighi o divieti stabiliti dallo stesso diritto comunitario oppure dal diritto nazionale, così come quello di beneficiare indebitamente di vantaggi previsti dall'uno o dall'altro.

A tale riguardo abbiamo ricordato i casi nei quali gli Stati membri, a fronte di questioni pregiudiziali concernenti il loro diritto societario, lamentavano che i ricorrenti nelle cause principali avevano abusato del diritto di stabilimento ponendosi artatamente nella posizione di poter beneficiare dei suoi effetti. Si pensi, ad esempio, al caso *Centros*, nel quale la Danimarca rifiutava la registrazione della stabile organizzazione di una società con sede nel Regno Unito lamentando che essa in verità non svolgeva alcuna attività nel territorio di tale Stato e che l'unico scopo per il quale era stata costituita era di eludere le norme sul capitale minimo delle società danesi.

La Corte ha in tale occasione riconosciuto il diritto degli Stati ad approntare strumenti di contrasto delle pratiche aventi il fine di eludere le loro normative o ad approfittare indebitamente delle previsioni del diritto comunitario. In particolare, “(...) risulta dalla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero

¹⁰⁷ Vedi il paragrafo 5 del Capitolo I.

*delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario*¹⁰⁸.

Tuttavia, ha altresì precisato la Corte, anche “(...) se i giudici nazionali possono tener conto, basandosi su elementi obiettivi, del comportamento abusivo o fraudolento dell'interessato per negargli eventualmente la possibilità di fruire delle disposizioni di diritto comunitario invocate, tuttavia, nel valutare tale comportamento, essi devono tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi”¹⁰⁹.

La strumentalizzazione del diritto comunitario per conseguire “vantaggi indebiti”, ossia “non voluti” dal diritto comunitario stesso o dal diritto nazionale è stata esaminata dalla Corte – oltre che nella dimensione del diritto societario – rispetto a molti settori¹¹⁰, ivi compreso quello tributario.

In quest'ultima categoria si collocano indubbiamente i casi *Halifax*¹¹¹ e *Part Service*¹¹² dove il diritto costituente oggetto di strumentalizzazione o abuso era quello alla detrazione IVA previsto dalla sesta direttiva.

Questi casi sono importanti, non perché indicano le conseguenze della qualificazione di una condotta come “abusiva” del diritto comunitario – essendo già chiaro dalla giurisprudenza precedente che tali conseguenze di risolvono nel disconoscimento degli effetti dell'esercizio abusivo della situazione giuridica soggettiva “abusata” –, ma perché individuano, per approssimazioni successive, le caratteristiche oggettive e soggettive della relativa fattispecie in ambito fiscale.

In *Halifax* la Corte si è richiamata alla sua precedente giurisprudenza ricordando che l'applicazione della normativa comunitaria non può “(...) estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario”¹¹³.

Ciò premesso, essa ha chiarito che perché possa parlarsi di un comportamento abusivo:

¹⁰⁸ *Centros*, § 24

¹⁰⁹ *Id.*, § 25.

¹¹⁰ Si vedano, ad esempio, i casi nr. 33/74, *Van Binsbirgen* e C-148/91, *Veronica*.

¹¹¹ Cause riunite C-255/02, C-419/02 e C- 223/03.

¹¹² Causa C-425/06.

¹¹³ *Halifax*, § 69.

(i) “(...), le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la trasponesse, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni”¹¹⁴;

(ii) deve risultare “da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale (...)”. Infatti, “(...) il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali”¹¹⁵.

Da *Halifax* si deduce pertanto che il comportamento “abusivo” è quello che:

(i) permette il conseguimento di un vantaggio indebito (“non voluto dalla norma “abusata”);

(ii) è stato posto in essere all'esclusivo scopo di conseguire un vantaggio fiscale, essendo inteso che il relativo accertamento, da compiersi ad opera del giudice nazionale, può essere svolto prendendo in considerazione “il carattere puramente fittizio di queste ultime [operazioni, n.d.r.] nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale”¹¹⁶.

Nella sentenza *Part Service*, la Corte ha ripetuto che l'elemento oggettivo della fattispecie si lascia individuare nell'essere il risultato perseguito dall'operatore “un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria a uno o a più obiettivi della sesta direttiva”¹¹⁷.

Per quanto riguarda, invece, l'elemento soggettivo, dai paragrafi 58 e 62 si ricava invece che “(...) l'ottenimento del vantaggio fiscale costituisce lo scopo essenziale perseguito nonostante l'esistenza eventuale, per altro verso, di obiettivi economici ispirati da considerazioni, ad esempio, di marketing, di organizzazione e di garanzia”.

Da questa seconda pronuncia emerge dunque che, in effetti, l'ottenimento del vantaggio fiscale non deve necessariamente costituire lo scopo essenziale della condotta abusiva, essa rimanendo tale anche qualora a tale scopo si affianchino ulteriori motivi

¹¹⁴ *Id.*, § 74.

¹¹⁵ *Id.*, § 74.

¹¹⁶ *Id.*, § 81.

¹¹⁷ *Part Service*, § 58.

che, sempre secondo l'apprezzamento del giudice nazionale, non appaiono qualitativamente o quantitativamente prevalenti rispetto ad esso.

Si è fin qui parlato di “abuso” del diritto comunitario come “mezzo” per eludere o circonvenire il diritto degli Stati o della stessa Unione. Il suo esame, in conformità a tale accezione, ci risulta adesso utile per trattare un tema parzialmente diverso, ma comunque intimamente collegato.

In effetti, l’“abuso” si materializza anche a un livello autonomo da quello dell’“abuso del diritto comunitario”, potendo come noto anche, e ancor prima, investire le norme nazionali dalle quali scaturiscono le obbligazioni tributarie imposte dagli Stati membri.

Tale tipologia di abuso – fenomenologicamente coincidente con l’elusione fiscale – determina gli Stati ad adottare misure di contrasto che, direttamente o indirettamente, possono impattare, in forma di ostacolo, sul pieno ed indisturbato esercizio delle libertà fondamentali.

Ed ecco che si ripropone per la Corte la necessità di individuare un punto di equilibrio tra la necessità di garantire le libertà e quella di proteggere le prerogative statali.

A questo riguardo, e come per il principio di territorialità, non è revocabile in dubbio come l’esigenza di contrastare l’elusione fiscale sia un portato della stessa circostanza che gli Stati si siano riservati una – sia pur concorrente con il Consiglio – competenza fiscale e che spetta a essi stabilire le regole del suo riparto a livello internazionale¹¹⁸. Sarebbe, difatti, una contraddizione in termini che la Corte desse costantemente atto dell’appartenenza agli Stati membri della potestà di imporre tributi “propri”¹¹⁹ e impedisse poi loro di approntare misure di contrasto all’erosione fiscale prodotta da condotte elusivo/abusive.

Conviene precisare che la distinzione fatta in questo paragrafo tra i due “momenti logici” nei quali l’abuso del diritto latamente inteso viene in gioco nello studio del diritto comunitario – rispettivamente: quello dell’abuso del diritto comunitario e quello della giustificazione invocabile rispetto a normative anti-abuso che cagionino restrizioni alle libertà fondamentali – trova conferma nella sentenza *3M Italia Spa*¹²⁰ nella quale la Corte, pronunciandosi sulla infondatezza delle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte di

¹¹⁸ Vedi, in proposito, il § 62 di *Oy AA*.

¹¹⁹ Vedi il § paragrafo 21 di *Schumacker* per un esempio fra i tanti.

¹²⁰ Causa C-417/10.

cassazione in merito ad una norma in tema di definizione agevolata delle liti pendenti, ha affrontato separatamente:

(i) il principio del divieto dell'abuso di diritto e l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, rilevando che il procedimento principale non aveva ad oggetto una controversia in cui i contribuenti si erano avvalsi o avrebbero potuto avvalersi in modo fraudolento o abusivo di una norma del diritto dell'Unione (d'onde la "non- pertinenza" dei richiami alle sentenze *Halifax* nonché *Part Service*)¹²¹;

(ii) la giustificazione – con la necessità di prevenire le pratiche abusive – di una norma nazionale che comportasse una restrizione ad una delle libertà garantite dal TFUE, rilevando che nemmeno una simile situazione ricorreva nel procedimento principale (d'onde la "non pertinenza" anche del richiamo alle sentenze *Cadbury Schweppes*, *ACT IV GLO*, *Jobra* e *Glaxo Wellcome*)¹²².

3.5.2. L'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiose

In effetti, la Corte ha sempre dato atto che "l'esigenza di contrastare l'elusione fiscale"¹²³ costituisce un "motivo imperativo d'interesse pubblico" suscettibile di giustificare una restrizione alle libertà fondamentali; essa, tuttavia, ha anche da subito stabilito i limiti entro i quali detta giustificazione può essere opposta dagli Stati membri, precisando che la norma restrittiva – per godere della giustificazione – deve essere congegnata con "(...) *l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiose il cui scopo sia quello di eludere la legge fiscale*"¹²⁴.

Di contro, non può invece considerarsi compatibile con il diritto comunitario una norma fondantesi su una "presunzione" di elusione fiscale com'era quella, ad esempio, esaminata nel caso *ICI*, la quale considerava elusiva "(...) *in via generale, qualunque situazione in cui le società controllate da un gruppo si trovavano in maggioranza stabilite, per qualsiasi motivo, fuori dal Regno Unito*"¹²⁵.

¹²¹ *3M Italia spa*, § 30.

¹²² *Id.*, § 31.

¹²³ La Corte ha sempre utilizzato in modo molto promiscuo i termini "evasione", "elusione", "artificio", "fittizio" ecc.. È però indubbio che tutte le volte nelle quali essa fa riferimento all'"evasione" e ai suoi succedanei non intende escludere dal contesto della propria pronuncia i fenomeni riconducibili all'elusione fiscale oppure all'abuso del diritto in materia fiscale.

¹²⁴ *ICI*, § 26.

¹²⁵ *Ibidem*.

Il caso *Cadbury Schweppes*¹²⁶ – mettendo a fattor comune la giurisprudenza precedente e “importando” l’eredità di *Halifax* – fornisce una serie analitica di *test* sulla base dei quali è dato valutare la “meritevolezza” del regime restrittivo sotto il profilo della sua attitudine ad essere giustificato come misura necessaria a contrastare l’elusione fiscale.

La funzione dei *test* è di stabilire la “selettività” o “specificità” della misura anti-elusiva: quelle che la Corte non considera tali (*id est*: anti-elusive) – agli effetti del principio di ragionevolezza – sono le misure che, pur avendo una più o meno individuata finalità di contrasto a pratiche abusive, colpiscono indistintamente tutte le situazioni caratterizzate da un elemento di estraneità.

In primo luogo, la Corte ha ricordato che – in base al principio cristallizzato, tra gli altri, in *Eurowings* – uno Stato non può giustificare un regime restrittivo imposto nei confronti di un proprio residente con la finalità di compensare un’eventuale agevolazione fiscale risultante dalla tassazione poco elevata alla quale viene assoggettata una controparte contrattuale o una consociata stabilita in un altro Stato membro¹²⁷.

In secondo luogo, “(...) la mera circostanza che una società residente crei uno stabilimento secondario, per esempio una controllata, in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di frode fiscale, né giustificare una misura che pregiudichi l’esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato”¹²⁸.

In terzo luogo, “(...) una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato”¹²⁹.

In quarto luogo, e al fine di valutare se il comportamento del contribuente ha effettivamente una finalità elusiva, occorre aver riguardo all’obiettivo perseguito dalla libertà da costui invocata, consistente per quanto riguarda il diritto di stabilimento nel “(...) permettere a un cittadino di uno Stato membro di creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro per esercitarvi le sue attività e favorire così l’interpenetrazione economica e sociale nel territorio della Comunità nel settore delle attività indipendenti”¹³⁰.

¹²⁶ Vedi, al riguardo, il paragrafo 6.2.7. del Capitolo IV.

¹²⁷ *Cadbury Schweppes*, § 49.

¹²⁸ *Id.*, § 50.

¹²⁹ *Id.*, § 51.

¹³⁰ *Id.*, § 52.

Alla luce di tale finalità, la tutela garantita dal Trattato al “migrante” presuppone “(...) l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro e, dunque, “(...) un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale”¹³¹.

Tale essendo il “valore protetto” che il Trattato intende tutelare sotto la voce “insediamento”, una misura restrittiva del corrispondente diritto è giustificata dal motivo di interesse pubblico del contrasto all'elusione fiscale solo se essa ha “(...) lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale”¹³².

Nel caso *Cadbury Schweppes*, la Corte ha dato atto al Regno Unito che la sua legislazione “CFC” – prevedendo l'inclusione degli utili di una società controllata soggetta a un regime fiscale molto favorevole nella base imponibile della società residente – permetteva in effetti di “(...) contrastare pratiche intese a null'altro che ad eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività realizzate sul territorio nazionale”¹³³.

Sulla scorta di queste indicazioni si comprende perché in un caso precedente come, ad esempio, *Lankhorst-Hoborst*¹³⁴, la Corte abbia invece ritenuto che la legislazione tedesca di contrasto alla “thin-capitalization”, seppur “animata” da finalità anti-abusive – contrastare l'arbitraggio fiscale consentito dal diverso regime di tassazione dei dividendi e degli interessi passivi –, non avesse “(...) l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo era quello di eludere la normativa fiscale tedesca, poiché ricomprendeva “(...) in via generale, qualunque situazione in cui la società capogruppo ha la sua sede, per qualsiasi motivo, fuori dalla Repubblica federale tedesca”¹³⁵.

La precisazione importante al riguardo – e che accomuna questo caso ad *ICI*, differenziandolo invece da *Cadbury Schweppes* –, è che la situazione descritta (sede della società capogruppo, per qualsiasi motivo, fuori dalla Repubblica Federale Tedesca) “(...) non

¹³¹ *Id.*, § 54.

¹³² *Id.*, § 55.

¹³³ *Id.*, § 59.

¹³⁴ Vedi, al riguardo, il paragrafo 5.3.4. del Capitolo IV.

¹³⁵ *Lankhorst-Hoborst*, § 37.

*comporta[va], di per sé, un rischio di evasione fiscale, dato che la società di cui trattasi è comunque soggetta alla normativa fiscale dello Stato in cui è stabilita*¹³⁶.

Dunque, se in *Cadbury Schweppes* la norma “selezionava” le tipologie di stabilimento in funzione del livello di tassazione sensibilmente più basso di quello vigente nel Regno Unito – così dimostrando di avere “*lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale*” –, in *Lankhorst-Hoborst* la norma non “selezionava le tipologie di stabilimento: essa, al contrario, faceva “di tutta un’erba un fascio” abbracciando all’interno del suo ambito di operatività “tutti” gli stabilimenti all’estero, ivi compresi quelli che non permettevano il conseguimento di alcun vantaggio fiscale.

Lo stesso può dirsi, sempre a titolo esemplificativo, in relazione a *Lasteyrie du Saillant* dove, a proposito dell’“*exit tax*” imposta dalla Francia, la Corte ha dovuto rilevare che “*(...) l’art. 167 bis del CGI non ha l’oggetto specifico di escludere da un vantaggio fiscale le operazioni puramente artificiali il cui scopo sarebbe di aggirare la normativa fiscale francese, ma riguarda, in maniera generale, ogni situazione in cui un contribuente detentore di partecipazioni sostanziali in una società soggetta all’imposta sulle società trasferisca per una qualunque ragione il proprio domicilio fiscale al di fuori della Francia*”¹³⁷.

3.5.3. La combinazione dell’esigenza di contrastare l’elusione fiscale con altre cause di giustificazione

Nel caso *Cadbury Schweppes* la Corte ha affermato che la “necessità di contrastare l’elusione fiscale” era un “motivo imperativo di pubblico” interesse sufficiente a giustificare, da solo, la restrizione lamentata dal ricorrente nella causa principale.

In *Marks & Spencer*, invece, la Corte ha messo in evidenza che la restrizione al diritto di stabilimento contestata nella causa principale era da ritenersi giustificata dai tre “motivi imperativi di pubblico interesse” da essa accettati – l’“esigenza di assicurare l’equilibrata ripartizione dei poteri impositivi”, “di evitare la doppia presa

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Lateyrie du Saillant*, § 50.

in considerazione delle perdite fiscali” e “di contrasto all’elusione fiscale” – solo se “considerati nel loro insieme”¹³⁸.

D’altra parte, in *Oy AA* l’“esigenza di contrastare l’elusione fiscale” è stata accettata dalla Corte solo se considerata congiuntamente con quella di “assicurare l’equilibrata ripartizione dei poteri impositivi”¹³⁹, e così anche in *SGI*¹⁴⁰.

A questo proposito, si deve richiamare l’attenzione sulla circostanza che la Corte distingue tra due tipologie di elusione fiscale: quella rilevata in *Cadbury Schweppes* che determina il rischio che tramite “(...) costruzioni di puro artificio, vengano organizzati trasferimenti di redditi in seno ad un gruppo di società in direzione delle società la cui sede si trova negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati”¹⁴¹, e quella, riscontrata in *Oy AA* e *SGI*, attuata tramite “(...) costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e create allo scopo di eludere l’imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale”¹⁴².

Ebbene, mentre le norme restrittive che mirano a contrastare la prima tipologia di elusione possono essere giustificate dalla sola “finalità di contrasto all’elusione fiscale”, quelle aventi ad oggetto la seconda tipologia di elusione possono reputarsi parimenti giustificate solo se allo “scopo di contrasto all’elusione fiscale” si aggiunge quello di “assicurare l’equilibrato riparto delle potestà impositive”¹⁴³ con il quale esso, d’altra parte, è strettamente collegato:

*“Va rilevato, di primo acchito, che gli obiettivi di salvaguardia della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e di prevenzione dell’evasione fiscale sono connessi. In effetti, comportamenti consistenti nel creare costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate a eludere l’imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale, sono tali da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza tributaria in relazione a tali attività e da compromettere un’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri”*¹⁴⁴.

¹³⁸ *Marks and Spencer*, § 51.

¹³⁹ *Oy AA*, § 60.

¹⁴⁰ *SGI*, § 69.

¹⁴¹ *Oy AA*, § 58.

¹⁴² *Id.*, § 63.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Oy AA*, § 63.

4. L'idoneità al raggiungimento del suo scopo e la proporzionalità della misura restrittiva

4.1. Premessa

L'ultima verifica che la “*Ghebard rule*” impone alla Corte perché possa “giustificare” una misura restrittiva ha ad oggetto la sua astratta idoneità a conseguire il proprio scopo – che dovrà coincidere con il soddisfacimento di uno o più esigenze imperative di pubblico interesse –, e la sua proporzionalità a quello scopo medesimo.

L'autonomia del primo *test* è a ben vedere alquanto ridotta in quanto esso tende a coincidere con la verifica circa la pertinenza della stessa causa di giustificazione rispetto allo scopo della norma contestata.

In *Cadbury Schweppes* vediamo che la Corte, dopo aver dato atto che la legislazione “CFC” controversa poteva giustificarsi alla luce dell’“esigenza di contrastare l'elusione fiscale” poiché permetteva effettivamente “(...) di contrastare pratiche intese a null'altro che ad eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività realizzate sul territorio nazionale”¹⁴⁵, ha di seguito dato atto ai governi francese, finlandese e svedese, che “(...) una tale legislazione è dunque idonea a raggiungere l'obiettivo per il quale è stata adottata”¹⁴⁶.

Si vede che tra l'accertamento della pertinenza della causa di giustificazione alla tipologia di norma restrittiva e la valutazione della sua idoneità a raggiungere lo scopo per il quale sia stata adottata non vi è un “autonomo” spazio di apprezzamento.

In effetti, l'autonomia del criterio della “idoneità al raggiungimento dello scopo” potrebbe palesarsi in quelle situazioni nelle quali vi sia uno scollamento tra lo scopo della norma e gli effetti da essa prodotti dovuto, in particolare, a un suo difetto applicativo. La ragione di questa condizione è tuttavia chiara: non vi è ragione di giustificare una restrizione ad una libertà fondamentale alla luce di un'esigenza che la norma non è in grado di soddisfare.

La proporzionalità, d'altro canto, rappresenta invece un banco di prova con riguardo al quale la Corte ha raggiunto un elevato livello di sofisticazione: suo tramite essa riesce a intervenire sulla stessa fisionomia della norma nazionale onde ridurre il livello della

¹⁴⁵ *Cadbury Schweppes*, § 59.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

restrizione da essa arrecato a quello strettamente necessario a soddisfare l'esigenza imperativa di pubblico interesse.

4.2. La rimessione della valutazione al giudice nazionale

In talune ipotesi, la Corte fornisce le direttive sulla base delle quali il relativo accertamento deve essere condotto, rimettendo poi al giudice nazionale il compito di procedervi in concreto.

Cadbury Schweppes è, ancora, un esempio in tal senso.

Il ragionamento della Corte ha preso le mosse dall'analisi delle situazioni al verificarsi delle quali – secondo la legislazione nazionale – gli utili della consociata estera non erano imputati alla società-madre residente.

Tra questi vi era la distribuzione da parte di una società “CFC” della quasi totalità degli utili a una società residente, fatto questo denotante il fatto che quest'ultima “(...) *non ha intenzione di sottrarsi all'imposta nel Regno Unito*”¹⁴⁷.

Lo stesso valeva per la realizzazione da parte di una simile società di attività commerciali, in quanto essa permetteva di far escludere “(...) *l'esistenza di una costruzione artificiosa che sia sprovvista di qualunque nesso economico reale con lo Stato membro di stabilimento*”¹⁴⁸.

Nel caso non ricorressero tali situazioni, l'imputazione per “trasparenza” poteva essere esclusa se lo stabilimento e le attività della società controllata estera soddisfacevano il c.d. “*motive test*” richiedente, in sostanza, che la società-madre residente fornisse la dimostrazione:

(i) da un lato, che la significativa diminuzione dell'imposta nel Regno Unito derivante dalle operazioni intercorse tra tale società e la “CFC” non era l'obiettivo, o uno degli obiettivi principali, delle operazioni e

(ii) dall'altro, che l'ottenimento di una diminuzione dell'imposta tramite distrazione degli utili – nel senso fatto proprio da detta legislazione – non era la ragione principale, o una delle ragioni principali, della costituzione della “CFC” stessa¹⁴⁹.

Ebbene la Corte ha valutato che – così come congegnata – la normativa non fosse proporzionata allo scopo perseguito; essa ha, in particolare, ritenuto che anche in una situazione nella quale nes-

¹⁴⁷ *Id.*, § 61.

¹⁴⁸ *Id.*, § 61.

¹⁴⁹ *Id.*, § 63.

suna delle eccezioni descritte trovi applicazione, e risulti che sia la volontà di ottenere uno sgravio fiscale ad aver ispirato tanto la costituzione della “CFC” quanto la conclusione di operazioni tra quest’ultima e la società residente, ciò “(...) non può essere sufficiente a concludere per l’esistenza di una costruzione di puro artificio destinata unicamente a eludere l’imposta”¹⁵⁰.

A tal fine, la Corte ha indicato l’“ulteriore” verifica da condursi per appurare la sussistenza di una situazione tale da giustificare l’applicazione del regime restrittivo di cui alla causa principale¹⁵¹. La constatazione dell’esistenza di una tale situazione “(...) richiede, infatti, oltre ad un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall’ordinamento comunitario, l’obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento (...) non è stato raggiunto”¹⁵².

In tal senso, la Corte ha inteso nettamente chiarire che la legislazione “CFC”, per essere conforme al principio di proporzionalità, non deve trovare applicazione “(...) se, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la costituzione [della società controllata estera] corrisponde a una realtà economica”¹⁵³ ed essa è comprovata dall’esistenza di “(...) un insediamento reale che abbia per oggetto l’espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento (...)”¹⁵⁴ da valutarsi sulla base di “(...) elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della “CFC” in termini di locali, di personale e di attrezzature”¹⁵⁵.

Tale verifica, ha aggiunto la Corte, potrà evidenziare che la consociata estera “(...) corrisponde a un’installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento” nella quale ipotesi la sua creazione “(...) dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio (...) come nel caso (...) di una società ‘fantasma’ o ‘schermo’”¹⁵⁶.

Per converso, “(...) la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della “CFC” ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Verifica che il legislatore italiano ha inteso introdurre nel corpo dell’art. 167 del TUIR con la novella del 2009 (art. 13 della legge 3 agosto 2009, n. 102).

¹⁵² *Id.*, § 64.

¹⁵³ *Id.*, § 65.

¹⁵⁴ *Id.*, § 66.

¹⁵⁵ *Id.*, § 67.

¹⁵⁶ *Id.*, § 68.

*trova la società residente non può permettere di concludere per l'esistenza di una costruzione di puro artificio*¹⁵⁷.

Onde condurre questi accertamenti, la Corte ha indicato che lo Stato membro deve:

(i) mettere la società residente – che è il soggetto a tal fine meglio posizionato – in condizione di produrre elementi relativi all'effettività dell'insediamento della “CFC” e delle sue attività;

(ii) verificare la veridicità di tali elementi ricorrendo ai meccanismi di collaborazione e di scambio d'informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali, vale a dire la direttiva relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e l'eventuale clausola sullo scambio di informazioni contenuta nella convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra lo Stato di residenza della società-madre e quello di insediamento della sua controllata¹⁵⁸.

Individuati i parametri rispetto ai quali deve, in generale, “misurarsi” la proporzionalità di un regime anti-abuso come quello delle “CFC”, la Corte ha dettato i “compiti a casa” per il giudice nazionale, istruendolo di considerare la normativa come:

(i) “proporzionata” se, come sostenuto dal Regno Unito, il “*motive test*”, si prestava ad un'interpretazione che permetteva di limitarne l'applicazione alle sole costruzioni puramente fittizie o

(ii) “non proporzionata” se, al contrario, l'effetto di tale *test* era che in una situazione ove nessuna eccezione trovava applicazione e la volontà di ottenere una diminuzione dell'imposta nel Regno Unito appariva tra le ragioni principali della costituzione della “CFC”, la normativa controversa si rendeva comunque applicabile nonostante l'assenza di “elementi oggettivi” nel senso comprovanti l'esistenza di costruzioni puramente fittizie¹⁵⁹.

4.3. La valutazione della proporzionalità di misure restrittive in tema di tassazione consolidata dei gruppi transnazionali di imprese

È innegabile che uno degli esempi più significativi dell'elevato grado di analisi con il quale la Corte modula il proprio giudizio sulla proporzionalità è il caso *Marks and Spencer* e quelli in termini ad esso successivi.

¹⁵⁷ *Id.*, § 69.

¹⁵⁸ *Id.*, § 71.

¹⁵⁹ *Id.*, § 72.

“A valle” della – già di per sé “rivoluzionaria” – impostazione che ha visto le “società-madre-residenti-non-migranti” poste su un piano di comparabilità con le “società-madre-residenti-non-migranti”, sotto il profilo della presa in considerazione delle perdite delle proprie controllate nell’ambito della tassazione consolidata dei gruppi di imprese, la Corte ha inteso fissare i paletti entro i quali l’estensione del “trattamento nazionale” doveva effettivamente avvenire.

A tal fine ha riconosciuto che l’esclusione delle perdite delle controllate estere, per quanto restrittiva della libertà di stabilimento, era giustificata dallo scopo di soddisfare contemporaneamente tre “esigenze imperative di pubblico interesse”. L’essere, tuttavia, la misura astrattamente giustificata non significava aver superato tutti i test della “*Ghebard rule*”.

Preso atto che l’esclusione delle perdite delle consociate estere era in effetti in grado di far conseguire gli scopi sottesi alle tre “esigenze imperative di pubblico interesse” prese in considerazione dalla Corte, l’attenzione si è spostata sulla “proporzionalità” di una simile esclusione.

La Corte ha forgiato a tal proposito uno strumento ad *boc* costituito dal c.d. “*no possibilities test*” mediante il quale è dato selezionare le situazioni nelle quali la restrizione è da intendersi proporzionata e quelle ove invece essa non lo è. Nella prima categoria rientrano quelle situazioni in cui:

(i) “(...) la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l’esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti, eventualmente mediante un trasferimento di tali perdite ad un terzo, oppure l’imputazione delle dette perdite ai profitti realizzati dalla controllata durante gli esercizi precedenti”, e

(ii) “(...) le perdite della controllata estera non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione a quest’ultimo della controllata”¹⁶⁰.

L’elemento che accomuna tali ipotesi è il carattere “finale” delle perdite della controllata estera delle quali viene chiesta la presa in considerazione nello Stato di residenza della società-madre; ovvero l’esaurimento delle possibilità che esse siano computate in diminuzione del reddito imponibile se non nello Stato dove avviene il consolidamento fiscale.

¹⁶⁰ Marks § Spencer, § 55.

In effetti, se le perdite hanno le indicate caratteristiche:

(i) non è possibile che esse siano prese in considerazione due volte;

(ii) è irrealistico pensare che si comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che alla riduzione della base imponibile nello Stato di residenza della società-madre non corrisponderebbe un aumento della stessa nello Stato di residenza della controllata;

(iii) è altrettanto irrealistico pensare che esse siano il frutto di una strategia elusiva rispondente allo scopo di *“organizzare trasferimenti di perdite in direzione delle società registrate negli Stati membri che applicano i tassi di imposizione più elevati ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite”*.

4.4. La valutazione della proporzionalità delle “exit-taxes”

Un altro settore nel quale il parametro della proporzionalità è stato particolarmente affinato è quello delle “exit-taxes”.

La Corte in *N* (ma ancor prima in *Lasteyrie du Saillant*) e in *National Grid. Indus. BV* ha come sappiamo sancito la comparabilità del “residente-migrante” e del “residente-non-migrante” sia agli effetti dei trasferimenti di residenza delle persone fisiche che delle persone giuridiche.

In entrambi i casi, pertanto, l'applicazione di un'“imposta sul trasferimento” costituiva una restrizione in principio vietata dal Trattato.

La restrizione, tuttavia, si giustificava in vista della “necessità di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo degli Stati” (“principio di territorialità”), associato a un elemento temporale, vale a dire la residenza fiscale del contribuente sul territorio nazionale durante il periodo in cui le plusvalenze latenti si sono originate¹⁶¹.

La rilevanza della causa di giustificazione rispetto alla restrizione in questione implicava che lo Stato di origine era in effetti legittimato a considerare il trasferimento della residenza come una ipotesi di “realizzo assimilato” delle plusvalenze latenti, distinto da quello dell'effettivo realizzo che, in generale, si accompagna alla cessione dei beni plusvalenti.

Verificata la sussistenza della giustificazione, la Corte ha poi rivolto lo sguardo alla proporzionalità della misura restrittiva rispetto a una pluralità di profili:

¹⁶¹ *National Grid. Indus.* § 46; *N*, § 46.

(i) la determinazione dell'importo dell'imposta al momento del trasferimento e la mancata presa in considerazione delle riduzioni di valore dei beni plusvalenti successive al trasferimento;

(ii) la riscossione immediata o dilazionata dell'imposta;

(iii) la subordinazione della sospensione della riscossione dell'imposta alla prestazione di idonee garanzie.

In merito all'aspetto indicato *sub* (i), non vi è coincidenza fra il punto di equilibrio individuato in *N* e quello invece fissato in *National Grid Indus. BV*.

In entrambi i casi la Corte ha riconosciuto che l'obbligazione addossata sul "residente-migrante" di presentare una dichiarazione fiscale al momento del trasferimento onde cristallizzare il *quantum* dell'imposta dovuta al momento nel quale viene a cessare la giurisdizione dello Stato d'origine, pur rappresentando astrattamente un "peso" che il "residente-non-migrante" non sopportava, costituiva nondimeno un adempimento non sproporzionato rispetto all'esigenza dal medesimo perseguita (il rispetto del "principio di territorialità")¹⁶².

Parallelamente alla questione del momento nel quale doveva essere calcolata l'imposta, la Corte ha però anche affrontato la questione della eventuale necessità, a tal fine, che lo Stato di "partenza" prendesse in considerazione le minusvalenze maturate successivamente al trasferimento nell'ipotesi che esse non fossero riconosciute dallo Stato di "arrivo".

Al riguardo la sentenza resa nel caso *National Grid Indus. BV* è, volutamente, giunta a conclusioni diverse da quelle formulate in *N*¹⁶³.

Infatti, precisa il paragrafo 57 di *National Grid Indus BV*, contrariamente al caso della fattispecie di cui al caso *N*, "(...) il fatto che, nella presente causa principale, lo Stato membro di provenienza non tenga conto di minusvalenze intervenute dopo il trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società non può essere ritenuto sproporzionato allo scopo perseguito dalla normativa di cui alla causa principale".

Tale differenza, ha spiegato la Corte, è dovuta al fatto che, diversamente dai beni "privati", quelli di un'impresa sono direttamente utilizzati per le attività economiche atte a generare un utile; utile che, peraltro, è in parte influenzato dalla valorizzazione degli attivi nel suo bilancio, per effetto dei relativi ammortamenti.

¹⁶² *N*, § 49; *National Grid Indus. BV*, § 52

¹⁶³ *N*, § 54.

Ne discende che, poiché gli utili della società che ha trasferito la propria residenza saranno tassati, dopo tale trasferimento, solo nello Stato membro ospitante di “arrivo”, conformemente al principio di territorialità fiscale, associato a un elemento temporale, spetterà a quest’ultimo Stato membro, considerato il suddetto legame tra gli attivi di una società ed i suoi utili imponibili, tener conto nel suo sistema fiscale delle fluttuazioni del valore degli attivi della società interessata intervenute a partire dalla data in cui lo Stato membro di provenienza ha perso ogni e qualsivoglia collegamento fiscale con tale società¹⁶⁴.

In buona sostanza, poiché i beni dell’impresa fanno parte di un sistema all’interno del quale le fluttuazioni patrimoniali hanno una propria rilevazione – in positivo e in negativo –, è giocoforza che di esse tenga conto lo Stato che, in ogni dato momento, ha giurisdizione fiscale sulle medesime

D’altra parte, ha precisato la Corte formulando una considerazione di grande importanza sistematica, se anche lo Stato ospitante di “arrivo” non tenesse conto delle minusvalenze maturate successivamente al trasferimento della residenza della società, ciò non costituirebbe un valido motivo per imporre allo Stato di origine di tenerne conto.

Tale disallineamento, infatti, non sarebbe la conseguenza di una restrizione delle libertà fondamentali ma nel fatto che l’imposizione diretta non è armonizzata all’interno dell’Unione. Invero, in conformità al principio statuito a partire da *Gilly* e ribadito in casi come *Schempp* e *Orange European Smallcap Fund*, “(...) la libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro sia obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro, al fine di garantire, in ogni situazione, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie”¹⁶⁵.

Quanto precede riguarda il profilo dell’accertamento – al momento del trasferimento di residenza – dell’imposta dovuta.

Per quanto attiene al profilo della riscossione dell’imposta, sia in *N* che in *National Grid Indus. BV*, la Corte ha sostanzialmente affermato che “(...) la riscossione del debito d’imposta al momento dell’effettivo realizzo, nello Stato membro ospitante, dell’attivo per il quale le autorità dello Stato membro di provenienza hanno constatato una plusvalenza, in occasione del trasferimento della sede am-

¹⁶⁴ *Id.*, § 58.

¹⁶⁵ *Id.*, § 62.

*ministrativa effettiva di una società nel primo Stato membro, mira ad evitare i problemi finanziari che potrebbe generare la riscossione immediata dell'imposta dovuta su plusvalenze latenti*¹⁶⁶.

Dunque, indipendentemente dal fatto che il trasferimento riguardi una persona fisica o una persona giuridica, la pretesa dello Stato d'origine di prelevare immediatamente l'imposta non può considerarsi proporzionato rispetto all'"esigenza di assicurare una equilibrata ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati".

Quest'ultimo principio non esclude, ovviamente, che qualora il soggetto "migrante" intenda procedere al pagamento immediato dell'imposta onde evitare gli oneri amministrativi che si accompagnano ad una sua dilazione, la legislazione nazionale debba lasciar-gli una simile opzione¹⁶⁷.

In merito poi alla questione vera e propria della sospensione, la fattispecie all'origine del caso *N* era differente da quella al centro di *National Grid Indus. BV*: nel primo caso, la norma rilevante prevedeva la sospensione subordinandola alla presentazione di idonee garanzie; nel secondo, invece, la possibilità della sospensione non era prevista affatto.

Rispetto a questo specifico aspetto, gli Stati invocavano due distinte cause di giustificazione: quella di garantire l'effettiva riscossione dei tributi, sui quali ci siamo già soffermati¹⁶⁸; e quella di assicurare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo¹⁶⁹.

Su questo secondo profilo la Corte ha fatto notare che, onde garantire – in modo proporzionato – siffatta esigenza imperativa di pubblico interesse, era sufficiente che al momento del trasferimento della sede amministrativa avesse luogo la determinazione dell'importo del prelievo "(...) e non la sua riscossione immediata"¹⁷⁰.

Infatti, si specifica al paragrafo 82 della sentenza, la riscossione differita dell'imposta "(...) non metterebbe (...) in discussione il nesso esistente, nella normativa olandese, tra, da un lato, il vantaggio fiscale rappresentato dall'esenzione concessa alle plusvalenze latenti relative agli elementi dell'attivo fintantoché una società percepisca utili tassabili nello Stato membro interessato e, dall'altro, la compensazione di tale vantaggio con un onere fiscale determinato

¹⁶⁶ *Id.*, § 68.

¹⁶⁷ *Id.*, § 63.

¹⁶⁸ Vedi il paragrafo 3.4.

¹⁶⁹ *National Grid Indus. BV*, § 79.

¹⁷⁰ *Id.*, § 81.

*nel momento in cui la società interessata cessa di percepire utili di tal genere*¹⁷¹.

L'argomento, in altre parole e in conclusione, è che la riscossione immediata non aveva alcuna relazione con il principio di territorialità, essendo quest'ultimo adeguatamente tutelato dalla circostanza che il trasferimento della residenza può costituire di per sé un autonomo presupposto d'imposta.

¹⁷¹ *Id.*, § 82.

BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI A., CANNIZZARO E., CONDINANZI M., MASTROIANNI R., PACE L.F., PIVA P., SALERNO F., SBOLCI L., STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010.

ADINOLFI A. (A CURA DI), *Materiali di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2011.

ADONNINO P., *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. Dir., Agg.to II*, Milano, 1999, p. 276 ss.

ADONNINO P., *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1993, I, pp. 65 ss.

AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003.

AMATUCCI F., *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito UE*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, I, p. 103.

AMPARO G., HERRERA, P.M., *The link between Tax Coordination and Tax Harmonization: Limits and Alternatives*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 28-36.

BASILAVECCHIA M., *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, I, pp. 361 ss.

BEGHIN M., *La Corte EU e il definitivo depotenziamento del legislatore domestico*, in *Il Corriere tributario*, 1, 2010, p. 19.

BIZIOLI G., *Imposizione e Costituzione europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, I, pp. 233 ss.

BIZIOLI G., *Balancing the fundamental freedoms and tax sovereignty: some thoughts on recent ECJ case law on direct taxation*, in *European Taxation*, vol. 48, 3, 2008, pp. 133-140.

BIZIOLI G., *Essays in International and European tax law*, Napoli, 2010.

BIZIOLI G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008.

BIZIOLI G., *Potestà tributario statale, competenza tributaria della comunità europea e competenza tributaria delle corti di giustizia: il caso Saint-Gobain*, in *Riv. Dir. Trib.*, 10, 2000, p. 179.

BORIA P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010.

BORIA P., *L'anti-sovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2004.

CARINCI A., *La questione fiscale nella Costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 545.

CARPENTIERI L., *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario*, in Carpentieri L., Lupi R., Stevanato D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 52 ss.

CASADO OLLERO G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, in *Trattato di Diritto tributario* (diretto da A. Amatucci), Padova, 2001.

CIPOLLINA S., *Armonizzazione vs competizione fiscale: il trade off Europa/Italia*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2004, I, p. 93 ss.

CISTERNINO C., *The Impact of Freedom of Establishment on the Taxation of Permanent Establishments*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 3, 2005, p. 905.

COLLIGNON S., *The three sources of legitimacy for European fiscal policy*, 2005.

CORDEIRO GUERRA R., *Politica fiscale della CEE*, in Cassese S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 4329 ss.

CRAIG P., DE BURC G., *EU Law, Text Cases and Materials*, fifth edition, Oxford, 2011.

CROXATTO G.C., *Armonizzazione fiscale e mercato unico europeo*, in *Le Società*, 1990.

CRUZ BARREIRO CARRIL M., *National Tax Sovereignty and EC Fundamental Freedoms: The Impact of Tax Obstacles on the Internal Market*, in *Intertax*, 2010, p. 105.

D'ANGELO G., *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ad efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, in *Rass. Trib.*, 2005, pp. 1908 ss.

DAMIANI M., *Libertà europee e imposizione fiscale. Per una convivenza senza distorsioni*, Milano, 2004.

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012.

DÉAK D., *Harmonization in Community Law and Enforcement of Rights in Tax Law*, in *Intertax*, 11, 2008, 36, p. 478 ss.

DEL GIUDICE M., CASERTANO A., *Lineamenti di diritto fiscale dell'Unione Europea*, Roma, 2009.

DEL SOLE A., *Discriminazioni e restrizioni fiscali. I principi della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2007.

DI PIETRO A. (a cura di), *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Bologna nel 1995, Milano, 1999.

DI PIETRO A. (a cura di), *Libertà economiche e divieto di discriminazione nell'imposizione diretta*, Padova, 2004.

DI PIETRO A., *Per una costituzione fiscale europea*, Padova, 2008.

DOUMA S., *Non-discriminatory Tax Obstacles*, in *EC Tax Review*, 2012, p. 67.

EMILIOU N., *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*, London, 1996.

FANTOZZI A., *L'armonizzazione comunitaria degli ordinamenti tributari, tra autorità e consenso*, in La Rosa S. (a cura di), *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008, p. 1.

FANTOZZI A., *Armonizzazione fiscale tra modelli comunitari e autonomia normativa degli Stati*, Relazione tenuta al Convegno di studio *Le ragioni del diritto tributario in Europa* (Bologna, 26-27 settembre 2003).

FANTOZZI A., *Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte di Giustizia europea e alla decisioni della Commissione CE*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 2262 ss.

FARMER P., *EC law and national rules on direct taxation: a phoney war?*, in *EC TAX REVIEW*, 1998, p. 13.

FARMER P., *The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands?*, in *EC Tax Review*, 2003, I, p. 75.

FERRANTE M., *Sovranità fiscale ed integrazione comunitaria*, Napoli, 2006.

FICHERA F., *Fisco ed Unione europea: l'acquis communautaire*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2003, I, p. 427.

FÖLHS B., HEIDENBAUER S., *Il trasferimento di residenza nella legislazione austriaca: profili di diritto commerciale e tributario*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

FRANSONI G., *Riflessioni (critiche) sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, I, pp. 375 ss.

BIZIOLI G., *Le fonti del diritto comunitario tributario*, in Sacchetto C., Alemanno L. (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002.

GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Bologna, 2012.

GALLO F., *Il ruolo dell'imposizione del Trattato dell'Unione alla Costituzione europea*, in *Rass. Trib.*, 5, 2003, p. 1473.

GALLO F., *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Milano, 2006.

GALLO F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 3, 2000, p. 725 ss.

GAMMIE M., *The role of the European Court of Justice in the development of direct taxation in the European Union*, in *Bulletin*, 3, 2003, p. 86.

GARBARINO C., *Inter-country Equity and Intra-group Transactions at EU Level: An Analysis of the CCCTB Proposal and ECJ Tax Cases*, in *EC Tax Review*, 2012, p. 248.

GARBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008.

GARCÍA NOVOA C., *Tax Neutrality in the Exercise of the Right of Establishment within the EU and the Funding of Companies*, in *Intertax*, 2010, p. 568.

GARCÍA PRATS F.A., *EC law and direct taxation: towards a coherent system of taxation?*, in LANG M., VANISTENDAEL F., *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law*, Amsterdam, 2008, p. 65.

GARUFI S., *Libera circolazione di capitali ed effetti temporali delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Fiscalità internazionale*, 2007, pp. 225 ss.

GRAETZ M.J., WARREN A.C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, Yale, 2006.

GRANELLI L., *L'armonizzazione delle imposte dirette alla luce del trattato istitutivo della CEE*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1991, p. 1037 ss.

HELMINEN M., *EU Tax Law, Direct Taxation*, Amsterdam, 2011.

HINNEKENS L., *Basis and Scope of Public Interest Justification of National Tax Measures Infringing Fundamental Treaty Freedoms*, in VANISTENDAEL F., *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2004, pp. 73-104.

HINNEKENS, L., *Non Discrimination in EC Income Tax Law: painting the colours of a CHAMALEON-LIKE PRINCIPLE*, in *European Taxation*, 1996, p. 286 ss.

HREHOROVSKA L., *Tax Harmonization in the European Union*, in *Intertax*, 3, 2006, pp. 158-166.

INGRAO G., *Dalle teorie moniste e dualiste all'integrazione dei valori nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, I, p. 213.

KEMMEREN C.C.M., *Double tax conventions on income and capital and EU: Past, Present and Future*, in *EC Tax Review*, 3, 2012, p. 167.

KNOBBE - KEUK B., *ECJ bans discrimination against non-residents*, in *Intertax*, 1995, pp. 234 ss.

KOK R., *Domestic and Cross-Border Loss Relief in the European Union*, in *Intertax*, 2010, p. 663.

LA ROSA S., *Osservazioni sulle norme tributarie da inserire nel "Trattato costituzionale europeo"*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, IV, p. 112.

LANG M., SCHECH J., STARINGER C., *ECJ – Recent developments in direct taxation*, Vienna, 2006.

LANG M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 3, 2009, pp. 98-113.

LANG M., GASSNER W., LECHNER E., *Tax treaties and the EC law*, Amsterdam, 1990.

LEHNER M., *Limitation of the National Power of Taxation by the Fundamental Freedoms and Non-discrimination Clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Review*, 1, 2000, pp. 5-15.

LENZ C.O., *The Jurisprudence of the European Court of Justice in Tax Matters*, in *EC Tax Review*, 2, 1997, pp. 80-85.

LUPI R., *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. Trib.*, 3, 2004, pp. 989 ss.

LUPI R., *Elusione: esperienze europee tra uso ed abuso del diritto tributario*, in DI PIETRO A. (a cura di), *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, 1999, Milano, p. 261.

LYONS T., *Discrimination against individuals and enterprises on grounds of nationality: direct taxation and the European Court of Justice*, in *British Tax Review*, 6, 1994, pp. 554-571.

MAISTO G., *Le interrelazioni tra "diritto tributario comunitario" e "diritto tributario internazionale"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, I, p. 865.

MARCHESSOU P., *Le conseguenze fiscali del Trattato di Lisbona*, in *Rass. Trib.*, 2011.

MARONGIU G., *Costituzione europea e principio di ripartizione dei tributi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003, IV, p. 114.

MCLURE JR. C.E., *Legislative, judicial, soft law, and cooperative approaches to harmonizing corporate income taxes in the US and the EU*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2008, pp. 11 ss.

MELILLO C., *Il primato del diritto comunitario sul diritto interno e gli strumenti a disposizione del giudice (Tributario) nazionale per la risoluzione delle antinomie tra norme (tributarie) nazionali e norme comunitarie*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1, 2009, p. 45.

MELIS G., *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 2007, p. 394.

MELIS G., *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento*

e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in *Rass. Trib.*, 4, 2000, pp. 1151 ss.

MELIS G., *Spunti sul "metodo di coordinamento fiscale aperto" quale possibile strumento per l'integrazione fiscale tra Stati dell'Unione Europea e Stati terzi*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2008, pp. 207 ss.

MELONCELLI A., *Il controllo di proporzionalità e la giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, I, p. 779.

MELONCELLI A., *Il controllo di proporzionalità e la giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, I, p. 779.

MICELI R., MELIS G., *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee nel diritto tributario: spunti dalla giurisprudenza relativa alle direttive sull'"imposta sui conferimenti" e sull'IVA*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003, I, p. 111.

MUCERA V., *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia ed il loro impatto sul sistema tributario*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1136.

MUGURUZA A.J., ROCCATAGLIATA F., *La Corte di Giustizia Cee ci ripensa: la "coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non-residenti*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1996, II, pp. 677 e ss.

O'HANLON N., *Libertà di stabilimento ed imposizione diretta: l'esperienza irlandese*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

O'SHEA T., *Tax Harmonisation vs. Tax Coordination in Europe: Different Views*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 811-814.

O'SHEA T., *Double Tax Conventions and the European Union*, in *EC Tax Journal*, 3, 2010, pp. 71-116.

O'SHEA T., *Eu tax law and double tax conventions*, London, 2008.

O'SHEA T., *EU Tax Regulatory Framework*, *The Tax Journal*, 3, 2008.

O'SHEA T., *EU Views on Tax Avoidance*, in *Tax Notes International*, 14, 2011, pp. 480-482.

O'SHEA T., *European Tax Controversies – Quis custodiet ipsos custodes?*, in *EC Tax Journal*, 2011-2012, I, p. 39.

O'SHEA T., *National Treatment*, in *The Tax Journal*, 26, 2009, pp. 22-23.

O'SHEA T., *Tax avoidance and abuse of EU law*, in *EC Tax Journal*, 11, 2010-2011, pp. 77-110.

O'SHEA T., *Taxation of Non-residents*, in *The Tax Journal*, 2, 2009, pp. 20-22.

OBERSON X., REITAN T., ZIMMER F., *The impact of the Prohibition of Discrimination and Restriction Granted under the EC Treaty in Non-EU States*, in VANISTENDAEL F., *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2004 pp. 221-260.

PERRONE L., *L'armonizzazione dell'Iva: il ruolo della Corte di Giustizia, gli effetti verticali delle direttive e l'affidamento del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 2006, pp. 434 ss.

PERSANO F., *I rapporti tra il diritto dell'Unione Europea e i trattati fiscali: in particolare il caso dell'accordo con la Confederazione elvetica*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, I, p. 385.

PIANTAVIGNA P., *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2009, p. 369.

PIANTAVIGNA P., *L'abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011.

PIANTAVIGNA P., *Tax Abuse in European Union Law*, in *EC Tax Review*, 2011, p. 134.

PISTONE P., *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della corte di giustizia europea in tema di IVA*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, p. 17.

PISTONE P., *Presunzioni assolute, discrezionalità dell'amministrazione finanziaria e principio di proporzionalità in materia tributaria secondo la Corte di Giustizia*, in *Riv. Dir. Trib.*, III, 1999, p. 91.

PISTONE P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa anti-abuso in ambito comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, III, 1998, p. 598.

PISTONE P., *Ups and Downs in the Case Law of the European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation*, in *Intertax*, 2008, p. 146.

PISTONE P., *The impact of community law on tax treaties*, London, 2002.

PISTONE P., *The Impact of ECJ Case Law on National Taxation*, in *Bulletin International of Taxation*, 8, 9, 2010, p. 1.

POCAR F., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

POGGIOLI M., *Il modello comunitario della "pratica abusiva" in ambito fiscale: elementi costitutivi essenziali e forza di condizionamento rispetto alle scelte legislative ed interpretative nazionali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 9, 2008, p. 252 ss.

PONTOLILLO G., *Il ruolo della fiscalità nell'UE*, in *Rass. Trib.*, 1999, pp. 23 ss.

POULSEN M., *Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction*, in *Intertax*, 2012, p. 200.

PRATS F.A.G., *The Evolution of Income Taxation under EC Law Requirements*, in *EC Tax Review*, 2002, p. 137.

PROTO A.M. (a cura di), *Principi di diritto tributario comunitario*, Napoli, 2011.

QUAGHEBEUR M., *A Bridge over Muddled Waters – Coherence in the case law of the Court of Justice of the European Communities relating to discrimination against non-resident taxpayers*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, p. 111.

RADLER A.J., LAUSTERER M., BLUMENBERG J., *Tax abuse and EC law*, in *EC Tax Review*, 1997, pp. 86-101.

ROCCATAGLIATA F., *Diritto tributario comunitario*, in UCKMAR V. (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2005.

ROMANO C., *Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'"interno dell'Unione Europea"*, in *Rass. Trib.*, 4, 2004, pp. 1291 ss.

RONFELD T., *Anti-abuse Clause or Harmonization?*, in *Intertax*, 39, 1, 2011, p. 12 ss.

SACCHETTO C., *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in *Dalle costituzioni nazionali alla costituzione europea*, a cura di Pezzini, B., Sacchetto C., Milano, 2001.

SACCHETTO C., voce *Armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, 1994.

SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011.

SACCHETTO C., *I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 CEE. L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di Giustizia CEE e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1984, I, pp. 497 ss.

SALVINI L., *Abuso del diritto e clausole elusive in materia tributaria*, relazione presentata al Convegno *Elusione tributaria – L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna*, tenutosi il 10 luglio 2008 in Roma e organizzato da Giurisprudenza delle Imposte e dalla LUISS – Guido Carli, consultabile in www.giurisprudenzaimposte.it.

SANZ CLAVIJO A., *The European Commission's Infringement Cases about Spanish Exit Taxes Provisions for Individuals and Companies*, in *Intertax*, 2010, p. 371.

SAPONARO F., *Lo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie e l'armonizzazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 453.

SERRANÒ M.V., *L'efficacia delle decisioni della commissione europea nell'ordinamento tributario interno*, in *Riv. Dir. Trib.*, 7-8, 2003, p. 672 ss.

SMIT D., *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Eucotax, Amsterdam, 2012.

TAHA J.A., *The External Implied Competence of the European Union and the Impact of Bilateral Treaties on the Taxation of Cross-Border Savings*, in *Intertax*, 3, 2010, pp. 153-162.

TEIXEIRA G., *Tax systems and Non-Discrimination in the European Union*, in *Intertax*, 2, 2006, pp. 50-53.

TERRA B.J.M., WATTEL P. J., *European Tax Law*, Amsterdam, 2012.

TESAURO F., *Il ruolo della Corte di Giustizia nel coordinamento della tassazione delle società*, in *TributImpresa*, 2004, pp. 3 ss.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

TINELLI G., *I principi fondamentali della fiscalità comunitaria*, in CIOTTO A. (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pp. 115 ss.

TIZZANO A., ADAM R., *Lezioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010.

TIZZANO A., *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 1994, p. 922 ss.

TREMONTI G., *Completamento del mercato interno europeo e sistema fiscale italiano*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1989, I, p. 419.

UCKMAR V., *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'UE*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, pp. 9 ss.

VAN ARENDONK H.P.A.M., *Citizens and Taxation in the EU: Fifty Years after the Neumark Report*, in *EC Tax Review*, 2012, p. 144.

VAN DER BRUGGEN E., *The European Court of Justice and the free movement of tax treaty judgments*, in *EC Tax Review*, 2, 2002, pp. 52 ss.

VAN EIJSDEN A., VAN DAM J., *The Impact of European Law on Domestic Procedural Tax Law: Wrongfully Underestimated?*, in *EC Tax Review*, 10, 2010, pp. 199-209.

VAN THIEL S., *EU Case Law on Income Tax*, Amsterdam, 2001.

VAN THIEL S., *Free movement of persons and income tax law: the European Court in search of principles*, Amsterdam, 2001.

VAN THIEL S., *The Prohibition of Income Tax Discrimination in the European Union: what does it mean?*, in *European Taxation*, 34, 9, 1994, pp. 303-310.

VANISTENDAEL F., *Le nuove fonti del diritto ed il ruolo dei principi comuni nel diritto tributario*, in DI PIETRO A. (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 91.

VANISTENDAEL F., *Tax Revolution in Europe: the impact of non-discrimination*, in *European Taxation*, 40, 1-2, 2000, pp. 3-7.

VANISTENDAEL F., *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible within the fundamental freedoms?*, in *EC Tax Review*, 2, 2008, pp. 52 e ss.

VANISTENDAEL F., *EU freedoms and taxation*, in EATLP Congress (Paris, 3-5 June 2004), Amsterdam, 2006.

VANISTENDAEL F., *Impact of European tax law on tax treaties with third countries*, in *EC Tax Review*, 3, 1999, pp. 163-170.

VANISTENDAEL F., *Tax revolution in European Union: the impact of non-discrimination*, in *European Taxation*, 2000, pp. 3 ss.

VANISTENDAEL F., *The European Paradox: How Less Begets More*, in *Bulletin for Fiscal Documentation*, 50, 11-12, 1996, pp. 531-534.

VANISTENDAEL F., *The limits to the New Community Tax Order*, in *Common Market Law Review*, 31, 2, 1994, pp. 293-314.

VANISTENDAEL F., *The role of the European Court of Justice as the supreme judge in tax cases*, in *EC Tax Review*, 3, 1996, pp. 114 ss.

VITALE F., *Corte di giustizia, imposte dirette e i limiti della cd. "armonizzazione negativa"*, *Riv. Dir. Trib.*, 7-8, 2004, p. 141.

VOGEL K., GUTMANN D., DOURADO A.P., *Tax Treaties Between Member States and Third States: "Reciprocity" in Bilateral Tax Treaties and Non-Discrimination in EC Law*, in *EC Tax Review*, 2, 2006, pp. 83-94.

VON THIEL S., *EU Case Law on Income Tax*, Amsterdam, 2001.

WATHELET M., *Direct taxation and EU law: integration or disintegration?*, in *Editorial EC Tax Review*, 1, 95 EC, 2004.

WATTEL P., *European Union: home neutrality in an internal market*, in *European Taxation*, 36, 5, 1996, pp. 159-162.

WEBER D., *European Direct Taxation. Case Law and Regulations*, Amsterdam, 2011.

WEBER D., DA SILVA B., *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation*, Eucotax, Amsterdam, 2011.

WEBER D., *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law for the Prevention of Tax Avoidance*, Amsterdam, 2005.

WEBER D.M., *The first steps of the European Court of Justice concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes*, in *EC Tax Review*, 1997, pp. 22-31.

WOUTERS J., *The case-law of the European Court of Justice on direct taxes: variation upon theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994.

WOUTERS J., *The principle of non discrimination in European Community Law*, in *EC Tax Review*, 1999, pp. 98 ss.

ZALASINSKI A., *Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law*, in *Intertax*, 2007, p. 310

BIBLIOGRAFIA DEI CASI

Gottardo, Causa C-55/00:

LANG A., *Non discriminazione in base alla nazionalità e convenzioni bilaterali tra Stati membri e Stati terzi*, in *Dir. Pubbl. Com. Eur.*, 2002, pp. 871-874.

MARINI L., *Conteggio dei periodi contributivi a fini previdenziali e discriminazioni fondate sulla cittadinanza: il nuovo orientamento della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2002, pp. 143-152.

MARINI L., *Sul calcolo dei periodi contributivi non può pesare la diversa nazionalità*, in *Dir. Comm. Int.*, 2002, pp. 494-495.

Halliburton, Causa C-1/93:

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

O'SHEA T., *Accessing EU Tax Advantages*, in *International Tax Report*, 6-8, 2009.

WOUTERS J., *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 179-220.

Baars, Causa C-251/98:

BOEKHORST T., PAUL J., *A Further Limitation in the Application of EEC Treaty Non-discrimination Rules*, in *European Taxation*, 1993, pp. 220-223.

DEN BOER S., *Freedom of establishment versus free movement of capital: ongoing confusion at the ECJ and in the national Courts?*, in *European Taxation*, 50, 6, 2010, pp. 250-258.

HINNEKENS L., *EC Treaty – disallowance of personal tax benefits to non-resident self-employed persons – Article 52 not applicable in purely internal situation*, in *EC Tax Review*, 2, 1993, pp. 135-136.

LUPO A., *Reliefs from Economic Double Taxation on EU Dividends: Impact of the Baars and Verkooijen Cases*, in *European Taxation*, 2000, pp. 270-275.

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

OTMAR T. KIBLBÖCK I., *The Tax Treatment of Non-Resident Taxpayers in the Light of the Most Recent Decision of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 1993, pp. 158-163.

OTMAR T., *European Court of Justice on Discrimination against Non-Resident Taxpayers*, in *Intertax*, 1993, pp. 45-46.

SOMMERHALDER R., *Differences in Tax Treatment between Resident and Non-resident Individuals: In Conflict with EEC Treaty?*, in *European Taxation*, 1993, pp. 101-104.

Werner, C-112/91:

KNOBBE-KEUK B., *Case C112791, Hans Werner v Finanzamt Aachen-Innstadt*, in *Common Market Law Review*, 30, 6, 1993, pp. 1229-1236.

Daily Mail, Causa 81/87:

BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, pp. 669-698.

WYMEERSCH E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società*, 2003, pp. 723-764.

CAPELLI F., *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche [citazione incompleta]*

FROMMEL S.N., *EEC Companies and Migration: A Setback for Europe*, in *Intertax*, 1988, pp. 409-416.

GILL A.V., *Migration of Companies and the Right of Establishment in E.C.*, in *Law, Irish Law Times and Solicitors' Journal*, 1989, pp. 59-61.

LEVER J., *Case 81/87, The Queen v. H.M. Treasury ex parte Daily Mail and General Trust PLC (Judgement of 27 September 1988 [19881 3 CMLR 713])*, in *Common Market Law Review*, 26, 2, 1989, pp. 327-334.

MARRANI D., *Contributo allo studio dell'exit tax nel Regno Unito*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

MELIS G., *Trasferimento della residenza ed imposizione sui redditi*, Milano, 2009.

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

SCHMITTHOFF C., *Daily Mail Loses in the European Court*, in *The Journal of Business Law*, 1988, pp. 454-455.

SERVAAS V.T., *Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback*, in *European Taxation*, 1988, pp. 357-366.

TASSANI T., *Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto tributario comunitario: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

VAN HOORN JR. J., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Pra. Trib.*, 1989, pp. 377-383.

WOUTERS J., *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 179-220.

Überseering, Causa C-208/00:

ANDENAS M., *Free Movement of Companies*, in *The Law Quarterly Review*, 2003, pp. 221-226.

BACHNER T., *Freedom of Establishment for Companies: a Great Leap Forward*, in *The Cambridge Law Journal*, 2003, pp. 47-50.

BALLARINO T., *From Centros to Überseering. EC Right of Establishment*

and the Conflict of Laws, in *Yearbook of private international law*, 2002, pp. 203-216.

CERIONI L., *The "Überseering" Ruling: the Eve of a "Revolution" for the Possibilities of Companies' Migration throughout the European Community?*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2003, 10, pp. 117-137.

DYRBERG P., *Full free movement of companies in the European Community at last?*, in *European Law Review*, 2003, pp. 528-537.

KIRCHNER C., PAINTER R., KAAL W.A., *Regulatory Competition in EU Corporate Law after 'Inspire Art': Unbundling Delaware's Product for Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, 2, 2, 2005, pp. 159-206.

LOMBARDO S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Überseering": tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti, Banca, in Borsa tit. cred.*, 2003, I, pp. 456-479.

MICHELER E., *Recognition of Companies Incorporated in Other EU Member States, in International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 521-529.

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

RAMMELOO S., *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, pp. 169-197.

BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 669-698.

WOOLDRIDGE F., *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, in *European Business Law Review*, 2003, pp. 227-235.

WULF-HENNING R., *From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies*, in *Private International law, and Community law, in International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 177-208.

WYMEERSCH E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 723-764.

Segers, Causa 79/85:

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

O'SHEA T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

Centros, Causa C-212/97:

BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, pp. 669-698.

BARONE A., *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Riv. Not.*, 2002, I, pp. 89-102.

BEHRENS P., *International Company Law in View of the Centros Decision of the ECJ*, in *European Business Organization Law Review*, 1, 2000, pp. 125-146.

CABRAL P., CUNHA P., *"Presumed innocent": companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, in *European Law Review*, 2000, pp. 157-164.

EICKER K., *In the Centros Case the ECJ Delivered a Decision with Far-reaching Implications for Company Law and Tax Law*, in *Intertax*, 1999, pp. 391-392.

GESTRI M., *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso "Centros"*, in *Riv. Dir. Int.*, 2000, pp. 71-112.

LAUTERFELD M., *"Centros" and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the "Real Seat" Approach towards Pseudo-foreign Companies in German International Company and Insolvency Law? – The Danger of Diverging Developments of the Connecting Factors in Company and Insolvency Law*, in *European Business Law Review*, 2001, pp. 79-88.

MUCCIARELLI F.M., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, II, 2000, pp. 559-579.

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

O'SHEA T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

PERRONE A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"*, in *Riv. Soc.*, 2001, pp. 1292-1307.

RAPPAPORT I., *Companies in General*, in *The Journal of Business Law*, 2000, pp. 628-633.

ROTONDARO C., *Some implications of the Centros judgement and on the compatibility with Community law of the Italian CFC regime to be instituted*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2001, 1, pp. 433-476.

TRAVERS N., *The Right of Establishment of Companies which are Economically Inactive in their Member State of Registration*, in *Commercial Law Practitioner*, 1999, pp. 159-166.

WERLAUFF E., *The Consequences of the Centros Decision: Ends and Means in the Protection of Public Interests*, in *European Taxation*, 2000, pp. 542-545.

WULF-HENNING R., *From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies*, in *Private International law, and Community law, International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 177-208.

Inspire Art, Causa C-167/01:

COLANGELO M., *La sentenza Inspire Art: verso un nuovo "mercato europeo delle regole"?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pp. 257-275.

DE KLUIVER H.J., *Inspiring a New European Company Law? Observations on the ECJ's Decision in Inspire Art from a Dutch Perspective and the Imminent Competition for Corporate Charters between EC Member States*, in *European Company and Financial Law Review*, 1, 1, 2004, pp. 121-134.

DEININGER R., *Impact of the ECJ Inspire Art Decision*, in *The European Legal Forum*, 2004, pp. 17-19.

KIRCHNER C., PAINTER R., KAAL W., *Regulatory Competition in EU Corporate Law after 'Inspire Art': Unbundling Delaware's Product for Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, 2, 2, 2005, pp. 159-206.

MICHELER E., *Recognition of Companies Incorporated in Other EU Mem-*

ber States, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 521-529.

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

NOCELLA S., *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, pp. 5-21.

O'SHEA, T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

REHBERG M., *Inspire Art – Freedom of establishment for companies in Europe between “abuse” and national regulatory concerns*, in *The European Legal Forum*, 2004, p. 1-8.

Sevic, Causa C-411/03:

CONCI P., *Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento* (Nota a Corte di Giustizia C-411/03), in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, III, p. 76.

CRESPI S., *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: Il caso Sevic*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2007, pp. 345-366.

KINDLER P., *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, pp. 479-490.

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

MUCCIARELLI F., MARIA F., *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso “Sevic”*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 417-427.

VOSSESTEIN G., *Companies' Freedom of Establishment after Sevic*, in *European Company Law*, 2006, 3, pp. 177-182.

Cartesio, Causa C-210/06:

BACCAGLINI F., *La Corte di Giustizia delinea i limiti alla libertà di stabilimento nel trasferimento di sede. Le conseguenze sulla exit taxation*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2, 2011, p. 509.

BOBEK M., *Cartesio – Appeals Against an Order to Refer under Article 234(2) of the EC Treaty Revisited*, in *Civil Justice Quarterly*, 2010, pp. 307-316.

SCHNEEWEISS H., *Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on taxing Migrating Companies*, in *Intertax*, 6-7, 2008, pp. 363-374.

SZUDOCZYK R., *How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Its Case law? Cartesio and Dameaux from Different Perspective*, in *Intertax*, 6-7, 2009, pp. 346-362.

CAINS W., *Case Note on Cartesio Decision by the European Court of Justice, Case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató*, in *European Review of Private Law*, 2010, pp. 569-578.

CERIONI L., *The Cross-border Mobility of Companies within the European Community after the Cartesio Ruling of the ECJ*, in *The Journal of Business Law*, 2010, pp. 311-337.

CRESPI S., *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2009, pp. 869-890.

DEÁK D., *Cartesio: A Step Forward in Interpreting the EC Freedom to Emigrate*, *Tax Notes International*, 2009, pp. 493-499.

DOURADO A., PISTONE P., *Looking Beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities*, in *Intertax*, 6/7, 2009, pp. 342-345.

GUTMAN O., (Case Comment) *Cartesio Oktato es Szolgatato bt – the ECJ gives its blessing to corporate exit taxes*, in *British Tax Review*, 4, 2009, pp. 385-395.

MANZINI P., MUCCIARELLI F., *Rivoluzione cartesiana? La fine del “vincolo necessario” tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, II, pp. 614-628.

MULTARI D.A., *Company fiscal mobility and community law*, in *EC Tax Journal*, 2010, p. 9.

O'SHEA T., *Cartesio: Moving a Company's Seat Now Easier in the EU*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 1071-1075.

O'SHEA T., *Hungarian Tax Rule Violates EC Treaty*, *Advocate General Says*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 394-398.

O'SHEA T., *Cartesio: Moving a Company's Seat Now Easier in the EU*, in *Tax Notes International*, 2009.

O'SHEA T., *Exit Taxes Post Cartesio*, in *The Tax Journal*, 31 August 2009, pp. 1-2.

O'SHEA T., *Hungarian Tax Rule Violates EC Treaty*, *Advocate General says*, in *Tax Notes International*, 4 August 2008, pp. 394-397.

Aberdeen, Causa C-303/07:

COSTA G., *Ancora sul regime dei dividendi “in uscita” in contesto comunitario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 7-8, 2010, IV, p. 210.

ROBERT Y., LAURATET, S., TREDANIEL P., REILLAC A., *Dividend withholding tax levied on investment funds: Aberdeen and its implications in France*, in *European Taxation*, 49, 12, 2009, pp. 606-610.

O'SHEA T., *ECJ Finds Finnish Withholding Tax Rules Unacceptable In Luxembourg SICAV Case*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 305-308.

Turpeinen, Causa C-520/04:

HELMINEN M., *Pending Cases Filed by Finnish Courts: The Turpeinen Case and the Esab Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 87-112.

N, Causa C-470/04:

BOERS S., *L'impatto del diritto UE sulla normativa olandese in materia di exit tax*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

BOERS S., *Attualità ed esperienza nella Exit Tax olandese*, in *Rass. Trib.*, 2006, pp. 1401-1416.

CARINCI A., *Il Diritto Comunitario alla prova delle Exit Taxes, tra limiti, prospettive e contraddizioni*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

DE KORT J.W.J., *The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation*, in *Intertax*, 35, 12, 2007, pp. 713-718.

SCHNOOR R., *La exit tax nella disciplina tedesca alla luce dei casi de Lasteyrie du Saillant e N*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

GREGGI M., *Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE: per un nuovo Nomos europeo*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

SORRENTINO P., *La risoluzione dell'Ecofin sull'exit taxation. Alcune note sui contenuti e le prospettive delle prime linee guida in materia di coordinamento fiscale tra Stati membri della UE*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2009, pp. 247 ss.

DE MAN F., ALBIN T., *Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?*, in *Intertax*, 2011, p. 613.

Vestergard, Causa C-55/98:

SERPONE M., *Libera prestazione dei servizi e imposte dirette: i casi Eurorowings e Vestergaard*, in *Rass. Trib.*, 2000, pp. 1073-1097.

Cadbury Schweppes, Causa C-196/04:

RUIZ ALMENDRAL V., *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief Conundrum in EU Law*, in *Intertax*, 2010, p. 476.

SCHONFLED J., *The Cadbury Schweppes Case: Are the Days of the United Kingdom's CFC Legislation Numbered?*, in *European Taxation*, 10, 2004, pp. 441-452.

BAKER P., *Pending Cases Filed by UK Courts I: The Cadbury Schweppes Case, the CFC and Dividend GLO and the Vodafone 2 Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 311-321.

BEGHIN M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. Trib.*, 2007, pp. 983-993.

CIPOLLINA S., *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2007, II, pp. 13-28.

GARIBOLDI P., LA CANDIA, I., Marraffa Vito: *Sulla compatibilità della normativa CFC con le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 3, 2007, p. 929.

KÖRNER A., *German Reference to the ECJ for a Preliminary Ruling: Unilateral Switch-over Clause and CFC Rules*, in *Intertax*, 2006, pp. 32-36.

MEUSSEN G.T.K., *Cadbury Schweppes: the ECJ significantly limits the application of CFC rules in the Member States*, in *European Taxation*, 47, 1, 2007, pp. 13-18.

O'SHEA T., *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?*, in *EC Tax Review*, 2007, p. 13.

RAINER A., ROELS J., THÖMMES O., TOMSETT E., VAN DEN HURK H., WEENING G., *ECJ Restricts Scope of CFC Legislation*, in *International Tax Review*, 2006, pp. 636-638.

ROMANO C., *Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC rules*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2, 2007, pp. 127-139.

SIMPSON P., (Case Comment) *Cadbury Schweppes Plc v Commissioners of Inland Revenue: the ECJ sets strict test for CFC legislation*, in *British Tax Review*, 6, 2006, pp. 677-683.

TURNER G., *The Legitimacy of CFC Legislation Within the Community*, in *EC Tax Journal*, 9, 2007, pp. 23-47.

ZIZZO G., *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettiva di coordinamento*, in *Quaderni di Riv. Dir. Trib.* "Elusione ed abuso del diritto tributario" a cura di G. Maisto, p. 57.

ACT IV GLO, Causa C-374/04:

GAMMIE M., *Pending Cases Filed by UK Courts II: The ACT, FII, and Thin Cap Group Litigations and the Marks & Spencer Case*, in *ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 323-348.

GINGELL S., *The Taxation of Outbound Dividends in the EC: Has AG Geelhoed Got it Right?*, in *EC Tax Journal*, 9, 2007, pp. 11-22.

GUERRA J.C., *Limitation on benefits clauses and EU Law*, in *European Taxation*, 51, 2-3, 2011, pp. 85-96.

JOHNSON T., *More Bad News From Europe*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 243-245.

LYONS T., (Case Comment) *Class IV ACT: Limited benefits for all*, in *British Tax Review*, 2, 2007, pp. 114-121.

O'SHEA T., *Limitation on Benefit (LoB) Clauses and the EU – Part I*, in *International Tax Report*, October 2008.

O'SHEA T., *Limitation on Benefit (LoB) Clauses and the EU – Part II*, in *International Tax Report*, November 2008.

PISTONE P., (Case Comment) *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation: limitation-of-benefits clauses are clearly different from most-favoured-nation clauses*, in *British Tax Review*, 4, 2007, pp. 363-365.

SOZZI C., *Corte di Giustizia e clausole convenzionali di limitazione dei benefici*, in *Rass. Trib.*, 2007, pp. 1015-1032.

Futura Causa C-250/95:

CAAMAÑO ANIDO M.A., CALDERÓN CARRERO J.M., *Accounting, the permanent establishment and EC law: the Futura Participations case*, in *EC Tax Review*, 1999, pp. 24-38.

CLAYSON M., *Futura Participations: Luxembourg Account-Keeping Requirement Unlawful*, in *EC Tax Journal*, 1997, pp. 133-137.

LYONS T.J., (Case Comment) *Futura Participations: discriminatory accounting*, in *British Tax Review*, 1, 1998, pp. 61-64.

RUSO M., *Cross border deduction of losses in Europe tax law: the territoriality principle, what future?*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2005, p. 67.

THÖMMES O., *European Court of Justice Releases Branches of EU Companies from Duplication of Bookkeeping Requirements*, in *Intertax*, 1997, pp. 322-323.

Gilly, Causa C-336/96:

AVERY JONES J. F., *What is the difference between Schumacker and Gilly?*, in *British tax Review*, 1, 1999, pp. 11-14.

EICKER K., *Tax Treaties and EC Law: Comment on the Gilly Case*, in *European Taxation*, 38, 10, 1998, pp. 322-327.

MEDICI S., *Convenzioni fiscali e principio di non discriminazione nel contesto dell'Unione europea*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, III, pp. 845-860.

THÖMMES O., *European Court of Justice Continues to Dictate the Pace for European Tax Harmonization*, in *Intertax*, 1998, pp. 320-321.

VAN DEN HURK H., *The European Court of Justice knows its limits (A discussion inspired by the Gilly and ICI cases)*, in *EC Tax Review*, 1999, pp. 211-223.

VÖGEL K., *Some observations regarding 'Gilly'*, in *EC Tax Review*, 1998, p. 150.

Schemp, Causa C-403/03:

PANAYI C., HJI, *The Schempp Case: EU Citizenship, Rights and Taxes – A New Leaf in ECJ Jurisprudence or Just a Fig Leaf?*, in *European Taxation*, 45, 11, 2005, pp. 482-487.

Dutch Ship Registration, C-299/02:

PANAYI C. HJI, *Ships and Taxes: Does the Case of Commission v. Netherlands Have Tax Implications?*, in *European Taxation*, 2005, pp. 97-102.

Kerckhert and Morres, C-513/04:

ESPOSITO DE FALCO O., *Double taxation of dividends: it is possible to disallow deduction of withholding taxes*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 3, 2007, pp. 169-176.

Block, C-67/08:

MONSENEGO J., *Double Taxation in the EU: The Future After Block*, in, *Tax Notes International*, 2009, pp. 215-217.

Orange European Smallcap Fund NV, C-194/06:

O'SHEA T., *Dutch Dividend Tax Rules Found Partially Incompatible With EC Treaty*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 403-406.

Damseaux, C-128/08:

DASSESE M., *Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target! Criticism Should Be Directed towards France and Not Belgium*, in *EC Tax Review*, 2010, p. 122.

GALIZIA G., *La tassazione dei dividendi in entrata di fonte UE ed i connessi doppi oneri fiscali: riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2009, causa C-128/08*, in *Riv. Dir. Trib.*, 6, 2010, IV, p. 165.

O'SHEA T., *ECJ Upholds Belgian Divided Tax Treatment*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 354-356.

Columbus Containers, Causa C-298/05:

FARMER P., *(Case Comment) Columbus Container Services BVBA & Co v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt: the ECJ fails to grasp the tax competition nettle in relation to foreign income rules*, in *British Tax Review*, 2, 2008, pp. 105-108.

CALDERON J., BAEZ A., *The Columbus Container Services ECJ Case and Its Consequences: A Lost Opportunity to Shed Light on the Scope of the Non-discrimination Principle*, 36, 4, 2008, pp. 212-222.

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Kolumbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

MEUSSEN G.T.K., *Columbus container services – a victory for the Member States' fiscal autonomy*, in *European Taxation*, 48, 4, 2008, pp. 169-173.

O'SHEA T., *German CFC Rules held Compatible with EU Law*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 1203-1207.

TENORE M., *Restrizioni non discriminatorie e treaty override nel diritto tributario comunitario* (Nota a Corte di Giustizia C-298/05), in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, IV, p. 13.

Thin Cap Group Litigation, Causa C-524/04:

GAMMIE M., *Pending Cases Filed by UK Courts II: The ACT, FII, and Thin Cap Group Litigations and the Marks & Spencer Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 323-348.

MULLAN R., *(Case Comment) Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v HMRC: what amounts to commercial justification in considering issues of proportionality?*, in *British Tax Review*, 3, 2011, pp. 295-306.

O'SHEA T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

O'SHEA T., *Thin Cap GLO and Third Country Rights: Which Freedom Applies?*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 371-375.

Commission v. Germany, Causa C-269/07:

O'SHEA T., *ECJ Finds German Pension Bonus Rules Discriminatory*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 269-272.

Manninen, Causa C-319/02:

FERDINANDO B., *La tassazione dei dividendi societari ed il diritto comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2005, II, pp. 310-326.

FRANZÉ R., *Doppia imposizione economica internazionale sugli utili societari e principio della libera circolazione dei capitali*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2005, pp. 421-431.

GAMMIE M., *The Impact of the Marks & Spencer Case on US-European Planning*, in *Intertax*, 2005, pp. 485-489.

HINTSANEN L., PETTERSSON K., *The Implications of the ECJ Holding the Denial of Finnish Imputation Credits in Cross-Border Situations to Be Incompatible with the EC Treaty in the Manninen Case*, in *European Taxation*, 2005, pp. 130-137.

MARINI G., *Sentenza Manninen del 7 settembre 2004: divieto comunitario di discriminazione e libertà di circolazione dei capitali*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 1910-1922.

Eurowings, Causa C-294/97:

EICKER K., *Advocate General Jean Mischke Strengthens the Position of the Provision of Crossborder services*, in *Intertax*, 1999, pp. 199-200.

SERPONE M., *Libera prestazione dei servizi e imposte dirette: i casi Eurowings e Vestergaard*, in *Rass. Trib.*, 2000, pp. 1073-1097.

Saint Gobain, Causa C-307/97:

ARAMINI F., *Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2002, I, pp. 39-121.

BIZIOLI G., *Potestà tributario statale, competenza tributaria della comunità europea e competenza tributaria delle corti di giustizia: il caso Saint-Gobain*, in *Riv. Dir. Trib.*, 10, 2000, p. 179.

GARBARINI C., *Il principio di non discriminazione tra società residenti e stabili organizzazioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2000, III, pp. 337-352.

KOSTENSE H.E., *The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?*, in *EC Tax Review*, 2000, pp. 220-232.

LAUSTEREL M., *The Saint-Gobain Judgment of the ECJ*, in *EC Tax Journal*, 1999, 4, pp. 45-54.

MARTÍN JIMÉNEZ A., GARCÍA PRATS F.A., CALDERÓN CARRERO J., *Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2001, 55, pp. 241-253.

O'SHEA T., *Accessing EU Tax Advantages*, in *International Tax Report*, 2009, 6-8.

OFFERMANN R., ROMANO C., *Treaty Benefits for Permanent Establishments: The Saint-Gobain Case*, in *European Taxation*, 2000, pp. 180-189.

Fokus Bank, Causa E-1/04:

O'SHEA T., *Spain's Dividend Taxation Rules Breach EU Law*, in *Tax Notes International*, 2010, p. 185-189.

Bouanich, Causa C-265/04:

O'SHEA T., *Taxation of Capital Gains*, in *The Tax Journal*, 15 September 2008, pp. 1-3.

SALVATI A., *Riflessioni in tema di libera circolazione di capitali, di "non discriminazione" e di coerenza interna dei regimi fiscali*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2006, pp. 154-169.

WIMAN B., *Pending Cases Filed by Swedish Courts: The Skatteverket v A, Skatteverket v A and B, and Bouanich Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 297-309.

Amurta, Causa C-379/05:

BELLINGWOUT J., *Amurta: A Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed*, in *European Taxation*, 2008, pp. 124-132.

MEUSSEN G.T.K., *Denkavit International: The Practical Issues*, in *European Taxation*, 2007, pp. 244-247.

O'SHEA T., *ECJ Strikes Down Dutch Taxation of Dividends*, in *Tax Notes Int'l*, 2008, pp. 103-106.

Commission v. Italy, Causa C-540/07:

INGRAO G., *Brevi note sul carattere discriminatorio della "nuova" ritenuta alla fonte sui dividendi "in uscita", ex art. 27, co.3 ter, DPR n.600/1973*, in *Riv. Dir. Trib.*, 5, 2010, IV, p. 149.

ENGLISH J., *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, in *Intertax*, 2010, p. 197.

LARKING B., *AG Defends Italy's Withholding Tax On EEA Residents*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 806-808.

O'SHEA T., *Italian Outbound Dividend Tax Rules Breach EU Law*, in *Tax Notes International*, 2010, pp. 218-211.

Avoir Fiscal, Causa C-270/83:

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

O'SHEA T., *Freedom of Establishment Tax Jurisprudence: Avoir Fiscal Re-visited*, in *EC Tax Review*, 2008, 6, pp. 259-275.

WOUTERS J., *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 179-220.

Commerzbank, Causa C-330/91:

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

O'SHEA T., *National Treatment*, in *The Tax Journal*, 26 January 2009, pp. 22-23.

OLIVER J., *Unequal Treatment*, in *Intertax*, 1993, pp. 518-519.

SECULAR L., *Discrimination Within the EC – Is This the End?*, in *European Taxation*, 1993, pp. 345-347.

THÖMMES O., KIBLBÖCK I., *The Tax Treatment of Non-Resident Taxpayers in the Light of the Most Recent Decision of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 1993, pp. 158-163.

THÖMMES O., *European Court of Justice Rules on Tax Discrimination Against Branches*, in *Intertax*, 1993, p. 383.

Open Skies, Causa C-476/98:

CLARK B., *The Limitation on Benefits Clause Under an Open Sky*, in *European Taxation*, 2003, pp. 22-26.

CRAIG A., *Open your eyes: what the open skies cases could mean for the US tax treaties with the EU member states*, in *Bulletin*, 2, 2003, p. 63.

DE CEULAER S., *Community Most-Favoured-Nation Treatment: One Step Closer to the Multilateralization of Income Tax Treaties in the European Union?*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2003, pp. 493-502.

O'SHEA T., *Netherlands-US Air Transport Agreement won't fly, ECJ says*, in *Tax Notes International*, 21 May 2007, pp. 790-793.

D, Causa C-376/03:

BULGARELLI F., *Il principio di libera circolazione dei capitali e la comparabilità delle situazioni di residenti e non residenti e di non residenti di Stati membri diversi tra loro: il caso D*, in *Rass. Trib.*, 6, 2005, pp. 2038-2060.

DE CAPITANI DI VIMERCATE P., *La Corte di Giustizia e la clausola della nazione più favorita nel D. case. Ovvero dietrofront: il diritto internazionale prevale su quello comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2005, II, pp. 1081-1094.

GUERRA J.C., *Limitation on benefits clauses and EU Law*, in *European Taxation*, 51, 2-3, 2011, pp. 85-96.

KOFLER G.W., SCHINDLER C.P., *Dancing with Mr 'D': The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the 'D' case*, in *European Taxation*, 2005, pp. 530-540.

O'SHEA T., *The ECJ, the 'D' case, double tax conventions and most favoured nations: Comparability and Reciprocity*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 190-201.

PISTONE P., *National Treatment for All Non-resident EU Nationals: Looking Beyond the D Decision*, in *Intertax*, 2005, pp. 412-413.

SCHUCH J., *Critical notes on the European Court of Justice's D case decision on most-favoured-nation treatment under tax treaties*, in *EC Tax Review*, 2006, pp. 6-9.

VAN DER LINDER R., *Some thoughts on most-favoured-nation treatment within the European Community legal order in pursuance of the D case*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 10-17.

VAN THIEL S., *A Slip of the European Court in the D case (C-376/03): Denial of the Most-Favoured-Nation Treatment because of Absence of Similarity?*, in *Intertax*, 2005, pp. 454-457.

WEBER D., SPIERTS E., *The "D-Case": Most-Favoured-Nation Treatment and Compensation of Legal Costs before the European Court of Justice*, in *European Taxation*, 2004, pp. 65-71.

WEBER D., *Most-Favoured-Nation Treatment under Tax Treaties Rejected in the European Community: Background and Analysis of the D Case. A proposal to include a most-favoured-nation clause in the EC Treaty*, in *Intertax*, 2005, pp. 429-444.

BULGARELLI F., *Il principio di libera circolazione dei capitali e la comparabilità delle situazioni di residenti e non residenti e di non residenti di Stati membri diversi tra loro: il caso D*, in *Rass. Trib.*, 2005, pp. 2038-2060.

Metallgesellschaft, Causa C-397/98:

DOURADO A.P., *From the Saint-Gobain to the Metallgesellschaft case: scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC Treaty and the most-favoured-nation clause in the EC member States tax treaties*, in *EC Tax Review*, 2002, p. 151.

EICKER K., *Advocate General Fennelly delivers his opinion in the Cases Hoechst/Metallgesellschaft*, in *Intertax*, 2000, pp. 485-486.

Bachmann, C-204/90:

KAMPHUIS H.J., PÖTGENS F.P.G.: *Goodbye Mr Bachmann, Welcome Mr Wielockx*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1996, pp. 2-7.

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

THÖMMES O., *Tax Deductibility for Payments made to Locally Established Industries – A Case of State Aid Prohibited under the EC Treaty?*, in *Intertax*, 1996, pp. 25-26.

TE BOEKHORST P.J., *Tax Discrimination Permitted for Reasons of Coherence of Tax System*, in *European Taxation*, 1992, pp. 284-286.

THÖMMES O., *Non-Deductibility of Premia for Foreign Life Insurance Approved by European Court of Justice. A Change in the Court's Jurisprudence on Direct Taxes?*, in *Intertax*, 1992, pp. 298-299.

DASSESE M., *Tax Deductibility of Insurance Premiums: A Case of State Aid for Insurance Companies?*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 15-25.

Ritter Coulais, Causa C-152/03:

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Columbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

Truck Center, Causa C-282/07:

GNÄDINGER C., *Belgian Withholding Tax Treatment Doesn't Infringe EC Treaty*, AG Says, in *Tax Notes International*, 52, 1, 2008, pp. 23-27.

O'SHEA T., *Truck Center: A Lesson in Source vs. Residence Obligations in the EU*, in *Tax Notes International*, 53, 2, 2009, pp. 593-601.

SHEPPARD L.A., *ECJ Preserves Withholding*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 115-119.

Gschwind, Causa C-391/97:

NEWBY R., *Gschwind Decision. German Tax Law Not Discriminatory for Non-Resident Married Couples*, in *European Taxation*, 2000, pp. 114-118.

ICI, Causa C-264/96:

BIZIOLI G., *Il rapporto tra libertà di stabilimento e principio di non discriminazione in materia fiscale: una applicazione nel recente caso "Imperial Chemical Industries"*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, III, pp. 323-347.

HARDY G., *European Law and UK Tax Law in Flux – The ECJ's Decision in ICI plc v. Colmer*, in *Tax Notes International*, 17, 6, 1998, pp. 609-610.

LYONS T.J., (Case Comment) *ICI v Colmer affirms Community supremacy*, in *British Tax Review*, 1, 1999, pp. 65-69.

NUZZO E., *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in *Rass. Trib.*, 1999, pp. 1814-1833.

PELLET S., *ECJ Decision on UK Taxes May Significantly Affect French Tax Rules*, in *Tax Notes International*, 1999, pp. 177-178.

RUSSO M., *Cross border deduction of losses in europe tax law: the and territoriality principle, what future?*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2005, p. 67.

SAUNDERS I., (Case Comment) *ICI Plc v Colmer (Inspector of Taxes)*, in *British Tax Review*, 4, 1996, pp. 465-470.

THOMMES O., *UK Consortium Relief Challenged Before the European Court of Justice: Advocate General Tesauro Delivers his Opinion*, in *Intertax*, 1998, pp. 148-149.

VAN DEN HURK H., *The European Court of Justice knows its limits (A discussion inspired by the Gilly and ICI cases)*, in *EC Tax Review*, 1999, pp. 211-223.

Bosal, Causa C-168/01:

AIGNER D., *ECJ – The Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment*, in *Intertax*, 2004, pp. 148-151.

MEUSSEN G.T.K., *Bosal Holding Case and the Freedom of Establishment: A Dutch Perspective*, in *European Taxation*, 2004, pp. 59-64.

PIRI A., *Direttiva madre-figlia e limiti nazionali alla deducibilità dei costi di partecipazione: il caso Bosal*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 332-366.

RAUCCI R., *Dalla rigorosa applicazione delle libertà fondamentali alla continua interferenza comunitaria nelle regole fiscali nazionali: il Caso Bosal*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pp. 1149-1180.

SNEL F.P.J., *Bosal Holding Case - Landmark or Business as Usual?*, in *European Taxation*, 2003, pp. 420-424.

TESAURO F., *Sulla deducibilità dei costi inerenti a partecipazioni in consociate estere, nella giurisprudenza comunitaria: il caso Bosal*, in *Giur. Ita.*, 2004, pp. 1979-1980.

VAN DEN HURK, H., WAGENAAR B., *The Far-Reaching Consequences of the ECJ Decision in Bosal and the Response of the Netherlands*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2004, pp. 269-278.

WEBER D., *Pending Cases Filed by Dutch Courts II: The Van Hiltten-van der Heijden case. Pending Cases before Dutch Courts: “Bosal Holding” with third countries, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 261-276.

WEBER D., *The Bosal Holding Case: Analysis and Critique*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 220.

De Baek, C-268/03:

RUSSO M., *Tassazione dei capital gains: un'ordinanza lascia irrisolto il rapporto tra la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali (Nota a Corte di Giustizia C-268/03)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, III, p. 9.

VAN STEENWINCKEL J., *Taxation of capital gains realised by a Belgian resident in case of assignment of a major holding in the capital of a Belgian company to a company established in another Member State*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 26-30.

FII Group Litigation, C-446/04:

ARGINELLI P., *La tassazione dei dividendi di fonte estera: I problemi di compatibilità con le libertà fondamentali e la normativa secondaria (Nota a Corte di Giustizia C-446/04)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, p. 237.

GAMMIE M., *Pending Cases Filed by UK Courts II: The ACT, FII, and Thin Cap Group Litigations and the Marks & Spencer Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 323-348.

JOHNSON T., *More Bad News From Europe*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 243-245.

SHIERS R., WILLIAMS R., *FII GLO (Chancery) and FJ Chalke: tax and restitution developing hand-in-hand*, in *British Tax Review*, 4, 2009, pp. 365-378.

VANISTENDAEL F., *Denkavit Internationaal: The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms?*, in *European Taxation*, 2007, pp. 210-213.

Keller Holding, Causa C-471/04:

ASCOLI D., *Doppia imposizione economica dei dividendi, deduzione degli oneri finanziari e restrizioni alle libertà fondamentali comunitarie (Nota a Corte di Giustizia C-471/04)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, IV, p. 96.

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Kolumbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

CFC and Dividend Group Litigation, Causa C-201/05:

BAKER P., *Pending Cases Filed by UK Courts I: The Cadbury Schweppes Case, the CFC and Dividend GLO and the Vodafone 2 Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 311-321.

O'SHEA T., *ECJ Clarifies Issues with U.K. Dividend Tax, CFC Rules*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 666-669.

Deutsche Shell, Causa C-293/06:

MEUSSEN G.T.K., *Cross-border loss compensation and permanent establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 48, 5, 2008, pp. 233-236.

RAINER A., *ECJ AG Sharpston Opines on German Denial of Foreign PE Loss Deduction*, in *Intertax*, 36, 5, 2008, pp. 239 ss.

ARGINELLI P., *The Discriminatory Taxation of Permanent Establishments by the Host State in the European Union: A Too Much Separate Entity Approach*, in *Intertax*, 2, 2007, pp. 82-116.

O'SHEA T., *German Currency Loss Rules Incompatible With EU Law, ECJ Says, Worldwide Tax Daily*, 2008, pp. 44-2.

O'SHEA T., *EU Cross-Border Loss Relief: Which View Will Prevail?*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 104-108.

Gerritse, Causa C-234/01:

HINNEKENS L., *European Court challenges flat rate withholding taxation of non-resident artist: comment on the Gerritse decision*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 207-213.

MOLENAAR D., GRAMS H., *The Arnoud Gerritse Case of the European Court of Justice*, in *Intertax*, 2003, pp. 198-204.

MOLENAAR D., GRAMS H., *Harald: The Taxation of Artists and Sportsmen after the Arnoud Gerritse Decision*, in *European Taxation*, 2003, pp. 381-383.

VALTA M., *Judicial Cooperation and Taxpayer Protection. The Effect-*

tive Implementation of ECJ Preliminary Rulings: The Example of Case C – 234/01 “Gerritse” in PISTONE P., *Legal Remedies in European Tax Law*, Amsterdam, 2009.

Meilicke II, Causa C-262/09:

MARZANO M., *Note in tema di doppia imposizione economica “comunitaria” degli utili societari e metodi per la sua eliminazione (Nota a Corte di Giustizia C-262/09)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, IV, p. 298.

MENTI F., *Il principio di effettività del diritto comunitario e i sistemi per prevenire o attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi esteri*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2012, II, pp. 202-217.

De Groot, Causa C-385/00:

EICKER K., *In the case C-385/2000 De Groot Advocate-General Philippe Leger further develops Schumacker principle*, in *Intertax*, 30, 10, 2002, pp. 398-399.

VALAT A., *General Allowances and Home State Obligations under EC Law: Opinion Delivered in the De Groot Case*, in *European Taxation*, 42, 10, 2002, pp. 446-449.

VERDONER L., *The Coherence Principle under EC Tax Law*, in *European Taxation*, 49, 5, 2009, pp. 274 e ss.

Denkavit, Causa C-170/05:

BULGARELLI F., *Imposizione nazionale di utili infracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rass. Trib.*, 2007, pp. 629-662.

DELAURIÈRE J., *Does Denkavit Signal the End of Withholding Tax?*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 303-311.

FORTUIN A., *Denkavit Internationaal: The Procedural Issues. Procedural Issues Related to Filing Claims for Refund or Credit of Dividend Withholding Tax Based on EC Law*, in *European Taxation*, 2007, pp. 239-243.

MEUSSEN G.T.K., *Denkavit Internationaal: The Practical Issues*, in *European Taxation*, 2007, pp. 244-247.

PONS T., *The Denkavit Internationaal Case and Its Consequences: The Limit between Distortion and Discrimination?*, in *European Taxation*, 2007, pp. 214-220.

TENORE M., *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato della fonte (Nota a Corte di Giustizia C-170/05)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, p. 119.

VANISTENDAEL F., *Denkavit Internationaal: The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms?*, in *European Taxation*, 2007, pp. 210-213.

CLT-UFA, Causa C-253/03:

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Kolumbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

TENORE M., *Metodi per eliminare la doppia imposizione economica e ricerca del giusto tertium comparationis nello Stato della stabile organizzazione (Nota a Corte di Giustizia C-253/03)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, III, p.149.

Oy AA, Causa C-231/05:

AIRS, G., (*Case Comment*) *Oy AA – limitations on transfers of profits to domestic situations not precluded by the EC Treaty*, in *British tax Review*, 5, 2007, pp. 597-604.

HELMINEN M., *The Esab Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in EU*, in *Intertax*, 2005, pp. 595-602.

HELMINEN M., *Freedom of establishment and Oy AA*, in *European Taxation*, 47, 11, 2007, pp. 490-498.

HELMINEN M., *Pending Cases Filed by Finnish Courts: The Turpeinen Case and the Esab Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 87-112.

O'SHEA, T., *Finland's Intra-group Financial Transfer Rules Compatible with EU Law*, in *Tax Notes International*, 13 August 2007, pp. 634-638.

Lankhorst-Hohorst, C-324/00:

BONAVITACOLA R., *La thin capitalization nella imminente riforma fiscale: dubbi di compatibilità con la normativa europea*, in *Giur. Ita.*, 2004, pp. 431-433.

CAIMI CAUMONT C., *Ancora sulla incompatibilità delle legislazioni tributarie volte a contrastare la thin capitalization con il principio comunitario della libertà di stabilimento*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, II, pp. 331-342.

COMELLI A., *Sul contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, I, pp. 249-272.

CORDEWENER A., *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst-Hoborst GmbH*, in *European Taxation*, 2003, pp. 102-113.

CORDEWENER A., *Company taxation, cross-border financing and thin capitalization in the EU internal market: some comments on Lankhorst-Hoborst GmbH*, in *European Taxation*, 4, 2003, p. 103.

GUTMANN D., HINNEKENS L., *The Lankhorst-Hoborst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 90-97.

KÖRNER A., *The ECJ's Lankhorst-Hoborst Judgment – Incompatibility of Thin Capitalization Rules with European Law and Further Consequences*, in *Intertax*, 2003, pp. 162-168.

MONACO C., *Profili di incompatibilità con il diritto comunitario delle norme sulla "thin capitalization": il caso Lankhorst-Hoborst GmbH*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, pp. 933-938.

PIZZITOLA G., *La capitalizzazione sottile tra salvaguardia della tax jurisdiction domestica e discriminazione rispetto ai non residenti*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 2166-2191.

ROSSI M., *Legittimità della normativa in materia di limitazioni alla deducibilità degli interessi nelle operazioni di finanziamento internazionale*

in base ai principi sanciti dalla Corte di giustizia CE, in *Dir. Prat. Trib.*, 2003, pp. 1042-1059.

BROSENS L., *Thin Capitalization Rules and EU Law*, in *EC Tax Review*, 4, 2004, pp. 188-213.

VINTHER N., WERLAUFF E., *The need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the consequences of the judgment of the ECJ in Lankhorst-Hoborst*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 97-106.

Bihel, Causa C-175/88:

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

WOUTERS J., *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 179-220.

Commission v. Luxembourg (c.d. Bihel II), Causa C-151/94:

THÖMMES O., *European Court of Justice decides against Luxembourg in Biehl II*, in *Intertax*, 1996, p. 67.

Asscher, Causa C-107/94:

KEELING E., *A First Reaction to Asscher*, in *EC Tax Journal*, 1997, pp. 33-40.

VAN RAAD K., *EC Court of Justice Decides Asscher Case*, in *Tax Notes International*, 1996, pp. 471-474.

WILLIAMS D., *Asscher, the European Court and the power to destroy*, in *Intertax*, 1997, pp. 4-10.

Wielockx, Causa C-80/94:

DASSESE M., *The Wielockx and the Svensson Judgments: "Fiscal Cohesion" with a Different Flavour?*, in *EC Tax Journal*, 1995-96, pp. 181-185.

KOK C., *Netherlands Regime of Tax-Deferred Pension Reserve Discriminatory for Non-Residents*, in *European Taxation*, 1995, pp. 41-42.

MASTELLONE P., *Il trattamento impositivo dei residenti non domiciliati nel Regno Unito e la sua legittimità nel panorama internazionale*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 3, 2009, p. 1369.

THÖMMES O., *European Court of Justice follows Advocate General in the Wielockx Case*, in *Intertax*, 1995, pp. 602-603.

VANISTENDAEL F., *The consequences of Schumacker and Wielockx: two steps forward in the tax procession of Echternach*, in *Common Market Review*, 2, 1996, p. 255.

Zurstrassen, Causa C-87/99:

NEWBY R., *Discrimination against Resident whose Spouse Lived in Another Member State*, in *European Taxation*, 2000, pp. 554-557.

Meindl, Causa C-329/05:

ARDOLINO D., *The European Court of Justice gives the first indications*

on territorial selectivity in the field of State aid, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2007, 2, pp. 159-167.

NASTRI M.P., *La tassazione del reddito in presenza di coniuge non residente ed il regime fiscale delle detrazioni* (Nota a Corte di Giustizia C-329/05), in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, p. 95.

Conijn, Causa C-346/04:

RUST A., *Pending Cases Filed by German Courts II: The Scorpio, Centro Equestre, Conijn, Schwarz, and Meindl Cases. Pending Cases involving Germany: Commission v Germany, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 175-201.

Ritter-Coulais, Causa C-152/03:

CORDEWENER A., DAHLBERG M., PISTONE P., REIMER E., ROMANO C., *The tax treatment of foreign losses: Ritter, M & S, and the way ahead*, in *European Taxation*, 4, 2004, p. 135.

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Kolumbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

Lakebrink, Causa C-182/06:

RUSSO M., *La compensazione delle perdite transnazionali da parte del soggetto non residente tra principio di territorialità e tassazione in base alla capacità contributiva* (Nota a Corte di Giustizia C-182/06), in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, IV, p. 91.

Renneberg, Causa C-527/06:

KEMMEREN E.C.C.M., *Renneberg Endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring Recovery?*, in *EC Tax Review*, 2009, pp. 4-15.

MEUSSEN G.T.K., *Renneberg: ECJ Unjustifiable Expands Schumacker Doctrine to Losses from Financing of Personal Dwelling*, in *European Taxation*, 2009, pp. 185-188.

O'SHEA T., *Dutch Rental Income Loss Rules Illegal, ECJ Says*, in *Tax Notes International*, 5 January, [anno??] pp. 36-39.

VAN DER STOEL E., *Dutch Citizen May Deduct Loss on Belgian Property, AG Says*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 153-154.

BARDINI C., *The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ*, in *Intertax*, 2010, p. 2.

Centro Equestre, Causa C-345/04:

O'SHEA T., *ECJ and Taxation of Residents and Non-residents – Deduction of Expenses*, in *Tax Notes International*, 7 May 2007, pp. 573-577.

Scorpio, Causa -290/04:

RUST A., *Pending Cases Filed by German Courts II: The Scorpio, Centro Equestre, Conijn, Schwarz, and Meindl Cases. Pending Cases involving*

Germany: Commission v Germany, ECJ: recent developments in direct taxation (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 175-201.

RUSSO M., *Libera prestazione di servizi: tassazione cedolare o tassazione progressiva su opzione del contribuente?*(Nota a Corte di Giustizia C-290/04), in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, p. 174.

Bosal, Causa C-168/01:

AIGNER D., *ECJ – The Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment*, in *Intertax*, 2004, pp. 148-151.

MEUSSEN G.T.K., *Bosal Holding Case and the Freedom of Establishment: A Dutch Perspective*, in *European Taxation*, 2004, pp. 59-64.

PIRI A., *Direttiva madre-figlia e limiti nazionali alla deducibilità dei costi di partecipazione: il caso Bosal*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 332-366.

RAUCCI R., *Dalla rigorosa applicazione delle libertà fondamentali alla continua interferenza comunitaria nelle regole fiscali nazionali: il Caso Bosal*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pp. 1149-1180.

SNEL F.P.J., *Bosal Holding Case – Landmark or Business as Usual?*, in *European Taxation*, 2003, pp. 420-424.

TESAURO F., *Sulla deducibilità dei costi inerenti a partecipazioni in consociate estere, nella giurisprudenza comunitaria: il caso Bosal*, in *Giur. Ita.*, 2004, pp. 1979-1980.

VAN DEN HURK H., WAGENAAR B., *The Far-Reaching Consequences of the ECJ Decision in Bosal and the Response of the Netherlands*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2004, pp. 269-278.

WEBER D., *Pending Cases Filed by Dutch Courts II: The Van Hilten-van der Heijden case. Pending Cases before Dutch Courts: “Bosal Holding” with third countries*, in *ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 261-276.

WEBER D., *The Bosal Holding Case: Analysis and Critique*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 220-230.

Marks & Spencer, Causa C-446/03:

BIZIOLI G., GRANDINETTI M., *Imposizione dei gruppi società e riporto delle perdite: la legittimità inglese con la libertà di stabilimento*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2003, pp. 980 ss.

BUTLER D., *(Case Comment) Marks and Spencer Plc v Her Majesty's Commissioners of Customs and Excise: the end in sight for the teacakes saga?*, in *British Tax Review*, 4, 2008, pp. 321-329.

GUTMANN D., *The Marks & Spencer Case: Proposals for an Alternative Way of Reasoning*, in *EC Tax Review*, 3, 2003, pp. 154-158.

HINNEKENS L., *The Marks & Spencer Case: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment*, in *European Taxation*, 5, 2003, pp. 175-182.

CORDEWENER A., DAHLBERG M., PISTONE P., REIMER E., ROMANO C., *The tax treatment of foreign losses: Ritter, M & S, and the way ahead*, in *European Taxation*, 4, 2004, p. 135.

CORDEWENER A., *Foreign losses. Tax treaties and EC fundamental freedoms: a new German case before the ECJ*, in *European Taxation*, 9, 2003, p. 295.

DA SILVA B., *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union*, in *Intertax*, 2011, p. 257.

DELLA VALLE E., *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, in *Rass. Trib.*, 2006, pp. 994-1015.

DELLA VALLE E., *Libertà di stabilimento e consolidamento delle perdite fiscali nei gruppi multinazionali*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2, 2006, p. 197.

DOERR I., *A Step Forward in the Field of European Corporate Taxation and Cross-border Loss Relief: Some Comments on the Marks and Spencer Case*, in *Intertax*, 2004, pp. 180-186.

GAMMIE M., *Pending Cases Filed by UK Courts II: The ACT, FII, and Thin Cap Group Litigations and the Marks & Spencer Case, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 323-348.

GAMMIE M., *The Impact of the Marks & Spencer Case on US-European Planning*, in *Intertax*, 2005, pp. 485-489.

GRILLI S., *Ancora su libertà di stabilimento, imposizione dei gruppi societari e riporto delle perdite*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2004, 2, pp. 755 ss.

ISENBAERT M., VALJEMARK C., *M&S judgment: the ECJ caught between a rock and a hard place*, in *EC Tax Review*, 2006, pp. 10-17.

LANG M., *Marks and Spencer – more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 95-100.

LANG M., *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, in *European Taxation*, 2006, pp. 54-67.

LYONS T., *(Case Comment) Marks & Spencer: something for everyone?*, in *British Tax Review*, 1, 2006, pp. 9-14.

MARRES O., *The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation*, in *Intertax*, 2011, p. 112.

MARTIN P., *The Marks & Spencer EU group relief case – a rebuttal of the 'taxing jurisdiction' argument*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 61-68.

MASSIMILIANO R., *Tassazione di gruppo e deduzioni delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento ancora in attesa di una soluzione?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, 1, pp. 13 ss.

MEUSSEN G.T.K., *The Marks & Spencer Case: The Final Countdown Has Begun*, in *European Taxation*, 2005, pp. 160-163.

MEUSSEN G., *The Marks & Spencer Case: reaching the boundaries of the EC Treaty*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 144-148.

MEUSSEN G.T.K., *Cross-Border Loss Relief in the European Union following the Advocate General's Opinion in the Marks & Spencer Case*, in *European Taxation*, 2005, pp. 282-286.

O'SHEA T., *Marks and Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes): restriction, justification and proportionality*, in *EC tax Review*, 2006, 2, p. 66.

O'SHEA T., *National Treatment*, in *The Tax Journal*, 26 gennaio 2009, pp. 22-23.

O'SHEA T., *EU Cross-Border Loss Relief: Which View Will Prevail?*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 104-108.

O'SHEA T., *Marks and Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes): restriction, justification and proportionality*, in *EC Tax Review*, 2006, pp. 66-82.

RICCI C., *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che*

giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2006, II, pp. 58-77.

RUSSO M., *Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento ancora in attesa di soluzione?* (Nota a Corte di Giustizia C-446/03), in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, III, p. 13.

SCHEUNEMANN M., *Decision in the Marks & Spencer Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe*, in *Intertax*, 2006, pp. 54-57.

WATHELET M., (Case Comment) *Marks & Spencers Plc v Halsey: lessons to be drawn*, in *British Tax Review*, 2, 2006, pp. 128-134.

REWE ZENTRALFINANZ, CAUSA C-347/04:

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Kolumbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

O'SHEA T., *Further Thoughts on Rewe Zentralfinanz*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 134-137.

RAINER A., *ECJ Nixes German Restriction on Foreign Subs' Losses*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 132-133.

Meilicke, Causa C-292/04:

LÜDICKE J., *Pending Cases Filed by German Courts I: The Meilicke, CLT-UFA, Keller Holding, Lasertec, Rewe Zentralfinanz, Ritter-Coulais, Kolumbus Container Services, and Stauffer Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 113-173.

MENTI F., *Le norme nazionali sull'imposizione degli utili di fonte estera e la loro coerenza con le norme del Trattato sulla libera circolazione dei capitali* (Nota a Corte di Giustizia C-292/04), in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, p. 140.

Verkooijen, Causa C-35/98:

DENNIS M.W., *Does the Verkooijen Case Need a Second Opinion? A Short Response to the Opinion of Advocate General La Pergola in Case C-35/98*, in *Intertax*, 1999, pp. 283-284.

GIORGI M., *La libera circolazione dei capitali nella Comunità europea ed il regime impositivo dei dividendi nel diritto interno*, in *Rass. Trib.*, 2000, pp. 1358-1374.

LUPO A., *Reliefs from Economic Double Taxation on EU Dividends: Impact of the Baars and Verkooijen Cases*, in *European Taxation*, 2000, pp. 270-275.

AMID, Causa C-141/99:

ANTONINI M., *Riflessi del diritto di stabilimento in materia di compensazione, ai fini fiscali, tra perdite della casa madre e utili della stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2001, II, pp. 60-69.

EVERY JONES J.F., *A Comment on "AMID: The Wrong Bridge or a Bridge Too Far?"*, in *European Taxation*, 2001, 41, p. 251.

BIZIOLI G., *Note minime in tema di libertà fondamentali e riporto delle perdite nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2003, pp. 633-640.

CERVINO G., *Libertà di stabilimento e deducibilità delle perdite di esercizio: il caso Algemene Maatschappij voor Investeren en Dienstverlening*, in *Rassegna tributaria*, 2001, pp. 600-612.

DASSESE M., *The ECJ's Decision in AMID and its Implications for Belgian Companies*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2001, 55, pp. 254-257.

DE BROE L., *Cases Filed by Belgian Courts: the AMID Case, Direct taxation: recent ECJ developments* (Ed. Linde-Wien), 2003, pp. 9-33.

HINNEKENS L., *AMID: The Wrong Bridge or a Bridge Too Far? An Analysis of a Recent Decision of the European Court of Justice*, in *European Taxation*, 2001, 41, pp. 206-210.

VAN STEENWINCKEL J., VAN VAECK J., in *EC Tax Review*, 2001, pp. 98-101.

Lidl Belgium, Causa C-414/06:

CRAZZOLARA A., *Il metodo dell'esenzione e le perdite della stabile organizzazione a fronte dei principi di diritto europeo in particolare con riferimento alle sentenze Lidl Belgium e Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2, 2011, p. 559.

MEUSSEN G.T.K., *Cross-border loss compensation and permanent establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 48, 5, 2008, pp. 233-236.

KESSLER W., EICKE R., *Lidl Belgium: Revisiting Marks & Spencer on the Branch Level*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 1131-1135.

KESSLER W., EICKE R., *Cross-Border Loss Transfer After Lidl Belgium*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 643-645.

MONSENEGO J., *Relieving Double Taxation: A Look at Lidl Belgium*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 409-416.

O'SHEA T., *ECJ Rejects Advocate General's Advice in Case on German Loss Relief*, 2008, WTD, pp. 123-122.

O'SHEA T., *EU Cross-border Loss Relief: Which View Will Prevail?* in *Worldwide Tax Daily*, 2008, WTD, pp. 66-3.

O'SHEA T., *ECJ Upholds German Loss Disallowance*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 1078-1081.

O'SHEA T., *EU Cross-Border Loss Relief: Which View Will Prevail?*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 104-108.

STOLL H., SKULESCH S., *Use of foreign branch losses*, in *International Tax Review*, 2008/09, pp. 66-68.

Krankenheim, Causa C-157/07:

CAR F., *Cross-border losses*, in *Irish Tax Review*, 22, 1, 2009, pp. 29-30.

CRAZZOLARA A., *Il metodo dell'esenzione e le perdite della stabile organizzazione a fronte dei principi di diritto europeo in particolare con riferimento alle sentenze Lidl Belgium e Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2, 2011, p. 559.

MEUSSEN G.T.K., *The ECJ's judgment in Krankenheim: the last piece in the cross-border loss relief puzzle?*, in *European Taxation*, 49, 7, 2009, pp. 361-363.

MULLER J.H., *ECJ case relating to the recapture of cross border loss incurred by a foreign PE*, in *European Tax Service*, 2008, pp. 22-26.

MULTARI D.A., *Loss recapture rule and coherence of the tax system: the Bachmann theorem in the recent Krankenheim case*, Working Papers, IALS, University of London.

O'SHEA T., *German Loss Deduction and Reintegration Rules and the ECJ*, in *Tax Notes International* 2009, pp. 967-969.

STOLL H., SKULESCH S., *Use of foreign branch losses*, in *International Tax Review*, 2008/09, pp. 66-68.

X Holding BV, Causa C-337/08:

CORDEWENER A., COUTINHO K., FARMER P., GUTMANN D., HEYDT V., LANG M., LE MENTEC F., PISTONE P., RÄDLER A., RAVENTÓS-CALVO S., RICHELLE I., RÖDLER F., VAN THIEL S., *Opinion Statement of the CFE on X Holding (C-337/08) – Submitted to the European Institutions in January 2011*, in *European Taxation*, 2011, 51, 4, pp. 150-152.

O'SHEA T., *Dutch Fiscal Unity Rules Receive Thumbs Up From ECJ*, in *Tax Notes International*, 2010, pp. 835-838.

VAN THIEL S., VASCEGA M., *X Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren*, in *European Taxation*, 2010, 50, 8, pp. 334-349.

WEBER D., *Highlights & Insights on European Taxation*, 2010, 7, pp. 66-74.

Camacho Palma R., *X Holding: A Flawed judgement or Yet another Lesson in Consistency?*, in *EC Tax Journal*, 12, 1.

Safir, Causa C-118/96:

CABRAL P., CUNHA P., *The internal market and discriminatory taxation: just how (un)steady is the ground?*, in *European Law Review*, 1999, pp. 396-402.

MUTÉN L., *European Court of Justice Declares Swedish Premium Tax Incompatible With Rome Treaty*, in *Tax Notes International*, 1998, pp. 1914-1915.

RAINER A., *ECJ Decision Emphasizes Freedom to Provide Cross-Border Services*, in *Tax Notes International*, 1998, 17, 2, pp. 81-83.

JOBRA, CAUSA C-330/07:

O'SHEA T., *Austrian Leasing Rules Incompatible With EC Treaty, ECJ Says*, in *Tax Notes International*, 2009, p. 391-393.

PROCOPIO M., *Agevolazioni fiscali: tra abuso del diritto e limitazioni delle libertà di prestazione di servizi e di stabilimento*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2010, II, pp. 11-23.

SGI, Causa C-311/08:

BAKER P., *Transfer Pricing and Community Law: The SGI Case*, 4, pp. 194-196.

MEUSSEN G.T.K., *The SGI case: ECJ approves Belgian system of selective profit corrections in relation to foreign group companies*, in *European Taxation*, 50, 6, 2010, pp. 245-249.

O'SHEA, T., *ECJ Upholds Belgian Transfer Pricing Regime*, in *Tax Notes International*, 2010, pp. 491-494.

Lasteyrie-du-Saillant, Causa C-9/02:

ASCOLI D., *Exit taxes and fundamental freedoms: the impact of the De Lasteyrie decision on EU Member States' domestic law*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2006, p. 99.

BOERS S., *L'impatto del diritto UE sulla normativa olandese in materia di exit tax*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

CEJIE K., *Emigration Taxes Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond*, in *Intertax*, 2012, p. 382.

DE CAPITANI DI VIMERCATE P., *The ECJ rules on exit taxes and fundamental freedoms: some thoughts on the perspectives for the tax treatment of the transfer of residence within the European Union*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pp. 1139-1148.

VARAZI F., *Reddito d'impresa e trasferimento di sede all'estero*, in *Rass. Trib.*, 4, 1995, pp. 687 ss.

DE KORT J.W.J., *The European Court of Justice on the Dutch Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder in a Corporation*, in *Intertax*, 2007, 35, 12, pp. 713-718.

FIGARI V., *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell'"exit tax" sulle plusvalenze latenti*, in *Rassegna tributaria*, 2004, pp. 2146-2163.

GOUTHIERE B., *France: new exit tax for individuals*, in *European Taxation*, 52, 1, 2012, pp. 42-45.

SCHNORR R., *La exit tax nella disciplina tedesca alla luce dei casi de Lasteyrie du Saillant e N*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

KOTANIDIS S., *Case Hughes de Lasteyrie du Saillant: French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pp. 1123-1138.

KOTANIDIS S., *French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment*, in *European Taxation*, 2004, pp. 375-382.

MARCHESSOU P., *L'exit tax nel diritto francese alla luce del caso de Lasteyrie du Saillant*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

MELIS G., *Trasferimento della residenza all'estero ed elusione fiscale*, in *Quaderni di Riv. Dir. Trib.*, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di G. Maisto, p. 231.

PIZZONI B.E., *La compatibilità delle exit tax con il diritto comunitario (Nota a Corte di Giustizia C-9/02)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, III, p. 38.

RICCI C., *Exit taxes tra diritto di cittadinanza e libertà di stabilimento: il caso Hughes de Lasteyrie du Saillant*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2004, II, pp. 95-124.

ROMANO C., *Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione Europea*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 1291-1316.

SCHNORR R., *La exit tax nella disciplina tedesca alla luce dei casi de Lasteyrie du Saillant e N*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

TASSANI T., *Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto tributario comunitario: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, 1, 2009.

National Grid Indus, Causa C-371/10:

BIERMAYER T., ELSENER F., TIMBA F., *The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2012, 9, 1, pp. 101-110.

CAPITTA F., LETIZIA G., *National Grid Indus Case: Consequences under an Italian Perspective*, in *EC Tax Review*, 2012, p. 277.

CEJIE K., *Emigration Taxes Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond*, in *Intertax*, 2012, p. 382.

CRAZZOLA A., *Trasferimento della sede amministrativa di una società in un altro Stato membro*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, IV, p. 331.

CRAZZOLARA A., *National Grid Indus: divieto di tassazione immediata nel caso del trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. Dir. Trib.*, 12, 2011, p. 349.

KOK R., *Exit taxes for companies in the European Union after National Grid Indus*, in *EC Tax Review*, 4, 2012.

O'SHEA T., *Dutch Exit Tax Rules Challenged in National Grid Indus*, in *Tax Notes International*, 2012, pp. 201-205.

PANAYI C.H.J.I., *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam: exit taxes in the European Union revisited*, in *British Tax Review*, 1, 2012, pp. 41-49.

SMITH D., *Il caso National Grid Indus: una vittoria di Pirro?*, in *Studi Tributari Europei*, 2012.

THÖMMES O., LINN A., *Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?* in *Intertax*, 2012, p. 485.

VAN DEN BROEK H., MUSSEN G., *National Grid Indus case: re-thinking exit taxation*, in *European Taxation*, 52, 4, 2012, pp. 190-196.

VILAGI R., *Exit taxes on various types of corporate reorganisations in light of EU law*, in *European Taxation*, 52, 7, 2012, pp. 346-354.

WATTEL P.J., *Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus*, in *Tax Notes International*, 2012, pp. 371-379.

WATTEL P., *Carry on discriminating*, *Nederlands juristenblad*, 2011, p. 2973.

ZERNOVA D., *Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market*, in *Intertax*, p. 471.

Gebhard, Causa C-55/94:

ADOBATI E., *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso "Gebhard"*, in *Dir. Com. Scam. Int.*, 1996, pp. 293-300.

JARVIS M., *Lawyers on the move?*, in *European Law Review*, 1996, pp. 247-252.

Avensson e Gustavsson, Causa C-484/93:

DASSESE M., *The Wielockx and the Svensson Judgments: "Fiscal Cohesion" with a Different Flavour?*, in *EC Tax Journal*, 1995-96, pp. 181-185.

Commission v. Denmark, Causa C-150/04:

MONDINI A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2007, II, pp. 52-79.

O'SHEA, T., *Commission v. Denmark: Can Cohesion Work as a Justification?*, in *Tax Notes International*, 2007, pp. 43-46.

WINTHER-SØRENSEN N., *Pending Cases involving Denmark: Commission v Denmark, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 73-85.

Elisa, Causa C-451/05:

FERNANDEZ MARÍN F., *Lo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie e l'armonizzazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 453.

FERNANDEZ MARÍN F., *Tassazione dei non residenti; tra scambio d'informazioni e principio di proporzionalità*, in *Rass. Trib.*, 2008, 2, p. 541.

O'SHEA T., *French Rule Obstructs Free Movement of Capital, ECJ Concludes*, in *Tax Notes International*, 7 January 2008, pp. 30-33.

PITRONE F., *Lo scambio di informazioni e la direttiva 2011/16/UE in materia di cooperazione amministrativa: innovazioni e profili critici*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2, 2012, p. 463 ss.

Papillon, Causa C-418/07:

BRICET A., HÔO M., GAUTIER M., *French Group Consolidation Regime Violates EC Treaty, ECJ Rules*, in *Tax Notes International*, 2008, pp. 848-850.

DELAURIÈRE J., *The Papillon Decision: Upcoming French Tax Group Reform*, in *Tax Notes International*, 2009, pp. 903-906.

MENTI F., *La consolidazione delle perdite di gruppo transnazionale e il principio di coerenza del sistema fiscale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2009, II, pp. 562-572.

A, Causa C-101/05:

O'SHEA T., *Swedish Tax Treatment of Third-Country Dividends*, in *WTD*, 2008, pp. 6-10.

WIMAN B., *Pending Cases Filed by Swedish Courts: The Skatteverket v A, Skatteverket v A and B, and Bouanich Cases, ECJ: recent developments in direct taxation* (Ed. Linde-Wien), 2006, pp. 297-309.

Commission v. Belgium, Causa C-300/90:

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

THÖMMES O., *Non-Deductibility of Premia for Foreign Life Insurance Approved by European Court of Justice. A Change in the Court's Jurisprudence on Direct Taxes?*, in *Intertax*, 1992, pp. 298-299.

THOMMES O., *Tax Deductibility for Payments made to Locally Established Industries - A Case of State Aid Prohibited under the EC Treaty?*, in *Intertax*, 1996, pp. 25-26.

WOUTERS J., *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 179-220.

Royal Bank of Scotland, Causa C-311/97:

EICKER K., *EC Tax Scene*, in *Intertax*, 1999, p. 311.

GARBARINI C., *Il principio di non discriminazione tra società residenti e stabili organizzazioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2000, III, pp. 337-352.

LYONS T., *Royal Bank of Scotland: Implications for Bachmann?*, in *EC Tax Journal*, 1999, pp. 163-168.

Schumacker, Causa C-279/93:

AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1996, II, pp. 238-257.

AVERY JONES J.F., *What is the difference between Schumacker and Gilly?*, in *British tax Review*, 1, 1999, pp. 11-14.

FARMER P., *Article 48 EC and the Taxation of Frontier Workers*, in *European Law Review*, 1995, pp. 310-318.

KEELING E., *Some Observations on Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 135-144.

KIBLBÖCK I., *Developments in the Wake of the 'Schumacker Decision'*, in *EC Tax Review*, 1996, pp. 47-48.

KISCHEL D., *The Implementation of the Schumacker-judgment in Germany*, in *EC Tax Review*, 1995, pp. 176-177.

KOK C., TE BOEKHORST P., *German Tax Regime for Non-Resident Employees Incompatible with EC Law*, in *European Taxation*, 1995, p. 13-16.

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 27-51.

MUGURUZA ARRESE J., ROCCATAGLIATA F., *Discriminatorio il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1996, II, pp. 16-29.

PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, pp. 1471-1501.

QUAGHEBEUR M., *A Bridge over Muddled Waters - Coherence in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities relating to discrimination against non-Resident*, in *EC Tax Journal*, 1995, pp. 109-134.

THOMMES O., KIBLBÖCK I., *The Tax Treatment of Non-Resident Taxpayers in the Light of the Most Recent Decision of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 1993, pp. 158-163.

THOMMES O., *Germany, on the Verge of adapting its Income Tax Act to the Requirements of the ECJ Decision in the Schumacker Case*, in *Intertax*, 1995, p. 457.

VANISTENDAEL F., *The consequences of Schumacker and Wielockx: two steps forward in the tax procession of Echternach*, in *Common Market Review*, 2, 1996, p. 255.

WATTEL P.J., *The Schumacker Legacy – Introduction – Taxing Non-Resident Employees: Coping with Schumacker*, in *European Taxation*, 1995, pp. 347-353.

Halifax, Cause riunite C-255/02, C-419/02 e C- 223/03:

BLEVE D., *Countering abuse in European and International Law*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 3, 2009, p. 1093.

DE LA FERIA R., *(Case Comment) Giving themselves extra VAT? The ECJ ruling in Halifax*, in *British Tax Review*, 2, 2006, pp. 119-123.

DOUMA S.E.F., *(Case Comment) Halifax Plc v Customs and Excise Commissioners: the ECJ applies the abuse of rights doctrine in VAT cases*, in *British Tax Review*, 4, 2006, pp. 429-440.

LOVISOLO A., *Il principio di matrice comunitaria dell'“abuso” del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. Prat. Trib.*, 4, 2007, p. 735.

MARCHESELLI A., *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2010, I, pp. 801-826.

O'Shea T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

POGGIOLI M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di “comportamento abusivo” in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria? (Nota a Corte di Giustizia C-255/02)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, III, p. 122.

PRECHAL S., *EC law the frame work*, in *The compatibility of anti-abuse provisions in tax treaties with EC law*, London, 1998.

SINFELD G., *The Halifax principle as a universal GAAR for tax in the EU*, in *British Tax Review*, 3, 2011, pp. 235-246.

ZIZZO G., *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettiva di coordinamento*, in *Quaderni di Riv. Dir. Trib.*, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di G. Maisto, p. 57.

Part Service, C-425/06:

ATTARDI C., *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 4, 2008, pp. 637-653.

CORDEIRO GUERRA R., *Il legislatore nazionale e l'elusione fiscale internazionale*, in *Quaderni di Riv. Dir. Trib.*, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di G. Maisto, p. 211.

IMBRENDA M., *Leasing di autoveicoli e frazionamento “abusivo”*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2008, II, pp. 1185-1197.

LIPRINO V., *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso di diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service (Nota a Corte di Giustizia C-425/06)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, IV, p. 113.

MARCHESELLI A., *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2010, I, pp. 801-826.

MARCHESELLI A., *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2010, II, pp. 1011-1023.

O'SHEA T., *Some ECJ Guidance on Abusive Tax Practices in the European Union*, in *Tax Notes International*, 21 April 2008, pp. 241-245.

PISTONE P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in *Quaderni di Riv. Dir. Trib.*, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di G. Maisto, p. 311.

ZIZZO G., *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettiva di coordinamento*, in *Quaderni di Riv. Dir. Trib.*, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di G. Maisto, p. 57.

Van Binsbirgen, Causa 33/74:

O'SHEA T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

Veronica, C-148/91:

ADOBATI E., *Garanzia del carattere pluralista e non commerciale del sistema audiovisivo*, in *Dir. Com. Scam. Int.*, 1994, pp. 73-75.

O'SHEA T., *Tax Avoidance and Abuse of EU Law*, in *EC Tax Journal*, 2011, pp. 77-110.

3M Italia Spa, Causa C-417/10:

PISTONE P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2, 2012, p. 431.

THOMAS E., *Highlights & Insights on European Taxation*, 5, 2012, p. 35.

ZALASINSKI A., *The principle of prevention of (direct tax) abuse: scope and legal nature – remarks on the 3M Italia case*, in *European Taxation*, 52, 9, 2012, pp. 446-454.

Finito di stampare nel luglio 2012
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.p.A.
Via A. Gherardesca • 56121 Ospedaletto • Pisa
Telefono 050 313011 • Telefax 050 3130300
www.pacineditore.it

